

REVISTA FESP

ISSN 1982-0895



Ano X – 21ª Edição
Janeiro a Junho / 2017

FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA

REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretora Acadêmica: Heloysa Helena de Oliveira Tomé

Diretor Administrativo: Flávio Emanuel Ismael Uchoa

COORDENADORIAS

Coordenação do Curso de Direito: Gabriella Henriques da Nóbrega

Coordenação do CEJUSC I e II: Pablo Juan Nóbrega da Silveira

Coordenação de Monitoria e Estágio: Pablo Juan Nóbrega da Silveira

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Maria do Socorro da Silva Menezes

Coordenação de TCC: Maria do Socorro da Silva Menezes

DIREÇÃO EDITORIAL

Maria do Socorro da Silva Menezes

COMITÊ EDITORIAL FESP

Heloysa Helena de Oliveira Tomé

Maria do Socorro da Silva Menezes

Gabriella Henriques da Nóbrega

Naima Gomes Vilôr

REVISÃO

Maria do Socorro da Silva Menezes

ILUSTRAÇÃO

João Maria Campelo

DIAGRAMAÇÃO

Naima Gomes Vilôr

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos / Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Graduação em Direito. – ano. X, n. 21, Jan/Jun – Cabedelo - PB, 2017.

Semestral

Resumo em: Português e Inglês

ISSN Online: 1982-0895

1. Direito - Periódicos. 2. Artigos Científicos. 3. Universitários. I. Faculdade de Ensino Superior da Paraíba.

BC/FESP

34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba

SUMÁRIO

EDITORIAL 05

APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO MEDIDAS DE RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO NA CIDADE DE JOÃO PESSOA/PB
APPLICATION OF THE RESTRICTIVE RIGHTS PANALTY AS WAY TO THE CONVICTED`S RESSOCIALIZATION IN JOÃO PESSOA CITY/PB

ALAN EMISON OLIVEIRA DO NASCIMENTO

RICARDO SÉRVULO FONSÊCA DA COSTA

07

PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA AOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NOS MEIOS DIGITAIS
BRAZILIAN LEGAL PROTECTION OF PERSONAL DATA SENSITIVE IN DIGITAL MEDIA

DALINNY MEDEIROS LUCENA DE LIMA

ARNALDO SOBRINHO DE MORAIS NETO

31

INCAPACIDADE CIVIL: DA DISCRIMINAÇÃO À ACEITAÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS RELATIVAMENTE INCAPAZES À LUZ DO ART. 4º INCISO III CÓDIGO CIVIL E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
CIVIL DISABILITY: FROM DISCRIMINATION TO THE SOCIAL ACCEPTANCE OF RELATIVELY INCAPABLE PEOPLE IN THE LIGHT OF ART. 4º SECTION III CIVIL CODE AND THE STATUTE OF THE DISABLED PERSON

ELIZABETE GOMES DA SILVA

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO

56

A RESPONSABILIDADE DAS ENTIDADES DESPORTIVAS POR ATOS DISCRIMINATÓRIOS PRATICADOS POR SEUS TORCEDORES
THE RESPONSIBILITY OF SPORTS ENTITIES BY DISCRIMINATORY ACTS PRACTICED BY ITS BECORERS

ÉRICA BATISTA PEREIRA

ALEXANDRE CAVALCANTI ANDRADE ARAÚJO

76

APONTAMENTOS SOBRE A INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS
REFERRALS ON THE IMPROBITY OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBIT LAW IN THE FACE OF POLITICAL AGENTS

EZEQUIAS FERREIRA DE LIMA

LUCIANA VILAR DE ASSIS

97

CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ASSUNTO À LUZ DA LEI Nº. 8.666/1993
EXHORTATIVE CLAUSES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS: CONSIDERATIONS UNDER THE LAW N. 8.666/1993

FELIPE SILVESTRE PORDEUS

LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE PORTOS E EMPREENDIMENTOS ASSOCIADOS

ENVIRONMENTAL LICENSING OF PORTS AND ASSOCIATED ENTERPRISES

JEAN MARX LUCAS BATISTA

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES

136

O CONFLITO JURÍDICO E ÉTICO ENTRE O ABORTO E O SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

THE LEGAL AND ETHICAL CONFLICT BETWEEN ABORTION AND PROFESSIONAL MEDICAL SECRECY

JEFFERSON PINHEIRO DINIZ

GABRIELLA HENRIQUES DA NOBREGA

161

A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO: CONFRONTO ENTRE MORALIDADE TRIBUTÁRIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E PRIVACIDADE

COMPLEMENTARY LAW Nº 105/2001 AND BANK SECRECY DISCLOSURE: POSSIBLE CLASH BETWEEN TAX MORALITY, ABILITY TO PAY AND PRIVACY

RENATA RAQUEL DE MEDEIROS PEREIRA

HERLEIDE HERCULANO DELGADO

180

O DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS DE DESCANSO

THE EXISTENTIAL DAMAGE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM IN THE CONTEXT OF LABOR RIGHTS FLEXIBILIZATION

WILKER JEYMISSON GOMES DA SILVA

RAFAEL PONTES VITAL

199

EDITORIAL

Nessa 21ª edição da Revista da FESP: periódicos e diálogos científicos, renovamos o nosso compromisso em contribuir com o debate jurídico, através da publicação de pesquisas científicas, mantendo um espaço aberto para que os autores possam expressar seus posicionamentos, a respeito das matérias de suas pesquisas, e um canal direto para manter a qualidade do ensino na nossa instituição.

Agrupando os temas por área, temos no direito penal, a pesquisa intitulada “Aplicação das penas restritivas de direitos como medidas de ressocialização do reeducando na cidade de João Pessoa/PB”, de Alan Emison Oliveira do Nascimento e Ricardo Sérvulo Fonseca da Costa.

Na área do direito administrativo, os autores Ezequias Ferreira de Lima e Luciana Vilar de Assis, escreveram “apontamentos sobre a lei de improbidade administrativa em face dos agentes políticos”. Nessa mesma área seguem os artigos de Felipe Silvestre Pordeus e Luciana Vilar de Assis sobre “Cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos: considerações sobre o assunto à luz da lei nº 8.666/1993”.

Renata Raquel de Medeiros Pereira e Herleide Herculano Delgado, abraçaram o direito tributário no artigo sobre “A lei complementar nº 105/2001 e a quebra do sigilo bancário: confronto entre moralidade tributária, capacidade contributiva e privacidade”. No âmbito do direito do trabalho, Wilker Jeymisson Gomes da Silva e Rafael Pontes Vital analisaram “O dano existencial decorrente do descumprimento de normas trabalhistas de descanso”.

O direito civil é tratado por Érica Batista Pereira e Alexandre Cavalcanti Andrade Araújo na abordagem sobre “A responsabilidade das entidades desportivas por atos discriminatórios praticados por seus torcedores”. Essa mesma linha segue o artigo sobre a “Incapacidade civil: da discriminação à aceitação social das pessoas relativamente incapazes à luz do art. 4º, inciso III do Código Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência”, da lavra de Elizabete Gomes da Silva e Luciana de Albuquerque Cavalcanti Brito.

Ainda pouco abordado em pesquisas acadêmicas, o direito digital é contemplado no artigo de Dalinny Medeiros Lucena de Lima e Arnaldo Sobrinho de

Moraes Neto, na discussão sobre a “Proteção jurídica brasileira aos dados sensíveis nos meios digitais”.

Tema complexo a envolver os ramos do direito constitucional, civil e penal, bem como os direitos humanos e o Código de Ética Médica é apresentado pelos autores Jefferson Pinheiro Diniz e Gabriella Henriques da Nóbrega em artigo sobre “O conflito jurídico e ético entre o aborto e o sigilo médico profissional”.

No campo do direito ambiental Jean Max Lucas Batista e Maria do Socorro da Silva Menezes estudam o “Licenciamento ambiental de portos e empreendimentos associados”.

Esperamos que essa edição agregue novos conhecimentos jurídicos aos nossos leitores e, que estes se sintam estimulados a realizar novas pesquisas e, assim expressar seus posicionamentos, em torno de matérias que possam contribuir para fomentar o conhecimento não apenas no âmbito da academia, mas no campo de atuação do profissional do direito e no contexto social mais amplo, atingindo todas as pessoas que se interessam pelos assuntos jurídicos.

Boa leitura!

Profª Me. Socorro Menezes

APLICAÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO MEDIDAS DE RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO NA CIDADE DE JOÃO PESSOA/PB

APPLICATION OF THE RESTRICTIVE RIGHTS PANALTY AS WAY TO THE CONVICTED`S RESSOCIALIZATION IN JOÃO PESSOA CITY/PB

ALAN EMISON OLIVEIRA DO NASCIMENTO*
RICARDO SÉRVULO FONSÊCA DA COSTA**

RESUMO

Tendo por objetivo aprofundar o entendimento conceitual e prático em torno da ressocialização do apenado por meio da execução das penas restritivas de direitos no município de João Pessoa/PB, esse estudo de natureza prática e teórica, elaborado com base na metodologia aplicada à pesquisa bibliográfica e documental, trata primordialmente das formas de aplicação, cumprimento e substituição das penas restritivas de direitos executadas na Vara de execução de penas alternativas (VEPA) instalada no Fórum Criminal Ministro Osvaldo Trigueiro Albuquerque Mello. Visa também, de forma sucinta, a revogação e conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, bem como da educação como vetor de recuperação da dignidade e autoestima do apenado. Vale ressaltar que foi de suma importância, deixar consignado, o fim a que se destina a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Visto que esse trabalho aborda de forma clara e precisa o fim social da medida imposta ao apenado, e, a ressocialização do mesmo na fase de cumprimento da pena. Na maioria dos casos, a ressocialização tratada neste estudo, ocorre por virtude dos trabalhos prestados à comunidade e pelo distanciamento do apenado do mundo criminoso. Também estão presentes nesse estudo feitas com muita dedicação, esforço e perseverança, outras formas de imposição de conduta destinadas a fazer com que o apenado volte a estabelecer um bom convívio social.

PALAVRAS-CHAVE: Penas Restritivas de Direitos. Política Governamental. Ressocialização do Reeducando.

* Acadêmico do curso de Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Pesquisador com registro no CNPQ. Monitor de Direito Penal da Fesp Faculdades. Integrante dos projetos de extensão da FESP: Retratos da infância e da Adolescência; extensão em ciências jurídicas. Monitor da Disciplina de Direito Penal da FESP. Ex-estagiário do Fórum Criminal de João Pessoa/PB; atuante na VEPA (Vara de Execução de Penas Alternativas). Técnico em redes de computadores formado pela (UNEPI). E-mail: alan_eon@hotmail.com.

** Advogado Eleitoral e Criminal, Jornalista, Professor Universitário de Graduação e de Pós-Graduação, Especialista em Direito Processual Civil, Doutorando em Direito Eleitoral pela Universidad Del Museo Social Argentino – UMSA - com projeto de tese aprovado em Inelegibilidades Eleitorais. Ensina nas Instituições: FAP - Faculdade Paraibana; ASPER - Associação Paraibana de Ensino Renovado; FESP - Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Professor de Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas. Professor de Cursos de Pós-Graduação. Atualmente é Procurador Geral do Município de Bayeux – PB. Atuou como orientador desse TCC. E-mail: rservuloadv@gmail.com.

ABSTRACT

I have as its main objective, deeping conceptual and practical understanding about the convicted's ressocialization by means of the execution of the restrictive rights penalty in the municipality of João Pessoa/PB. This study of practical and teorical nature, on the basis of documental and bibliographical search applied methodology, deal with the ways to the application, enforcement and substitution of the restrictive rights panalty, executed at the Alternative Execution Penalty Hall (VEPA – Vara de Execução de Pena Alternativa), situated on Ministro Osvaldo Trigueiro de Albuquerque Mello's Criminal Forum. It also aims, succinctly, the revocation and convertible of the restrictive rights penalty on a custodial sentence, as well as education as a way of convicted self steem's dignity recuperation. It's wourth enphase that was very important, to make clear, the use of the substitution of the restrictive right penalty for the restrictive liberty penalty. Knowing that this work apprchs with a clear and precise way, the social purpose of the measure imposed to the convicted and his resocialization during the punishment compliance. In the majority of cases, the resocialization approached in this study, occurs in virtue of the community work provided and for the convicted's distancing of the criminal world. Also in this work, done with great dedication, effort and perseverance, there are others ways of conduct's imposition, aiming having the established and good social conviviality to the convicted.

KEYWORDS: Restictive Rights Penalty. Government Policy. Convicted's Ressocialization.

1 INTRODUÇÃO

A execução da pena restritiva de direito, no Brasil, tem por fim assegurar o cumprimento da medida imposta pelo juiz processante e executada pelo juiz da execução penal. Uma vez praticado o crime, o transgressor da lei deve ser punido. Para que se torne possível essa punição, o Estado-Juiz deve proceder com os feitos necessários para alcançar satisfatoriamente o cumprimento da restritiva aplicada. Vale deixar consignado que o juiz deve estabelecer, de forma correta, os atos executórios que o reeducando deva praticar, para que este, por sua vez, venha a cumprir toda pena a ele imposta.

Dentre as possíveis formas de pôr fim à execução da pena restritiva de diretos, em primeiro momento, se nota que todos ganham, por ser mais proveitoso, quando o Juiz, ao fim do processo de execução, extingue a punibilidade do reeducando pelo total cumprimento da pena. Vale ressaltar que o Estado-Juiz deve ser notificado do crime que foi praticado, assim como o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, que também deve participar do processo por intermédio de seu representante (Promotor

de Justiça). O reeducando (apenado), deve ter sua defesa realizada através do seu advogado constituído, para acompanhá-lo nas audiências.

Em relação à vítima do crime (sujeito passivo), é importante ressaltar que esta, por sua vez, pode ser representada por um advogado, que se habilitará nos autos do processo como assistente de acusação, auxiliando assim, os feitos do promotor. O fim a que se destina o fato de a vítima ter que constituir um advogado, para auxiliar a acusação é, pois, convencer o juiz que o réu praticou o crime e deve ser condenado.

Estando comprovado, através das provas produzidas na instrução processual, que o crime realmente existiu (materialidade do fato), e que houve um nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo réu e o resultado por ele provocado (indícios de autoria), deverá o juiz aplicar a reprimenda cabível para reprimir a conduta criminosa do réu (agente ativo do crime). Em última ação, o juiz, na parte dispositiva da sentença de primeiro grau, deve substituir a pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, isso, é claro, se o réu preencher todos os requisitos legais para que o juiz possa praticar tal ato.

É de suma importância explicar que as penas restritivas de direitos podem ser consideradas como direito penal mínimo, porque visam retribuir ao infrator uma sanção penal proporcional ao crime que foi praticado. Essas penas são alternativas porque o juiz se utiliza delas para não aplicar uma ou mais penas privativas de liberdades; além do mais, essas penas de caráter alternativo só podem ser aplicadas para os crimes de menor potencial ofensivo.

Cumprir tecer comentários a respeito do que era entendido como crime de menor potencial ofensivo e o que mudou nesse entendimento, depois da inovação trazida pela Lei de nº 10.259/2001. Em primeiro lugar, vejamos que o art. 61 da Lei de nº 9.099/95 considerava como crime de menor potencial ofensivo aquele cuja pena máxima não atingisse o grau máximo de 1 (um) ano. Vale deixar consignado o disposto no mencionado art. 61: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”.

A Lei 10.259/2001 estabeleceu que crime de menor potencial ofensivo, é aquele ao qual a lei comine pena máxima que não seja superior a 2 (dois) anos. Sendo competência da Justiça Federal, realizar os procedimentos que digam respeito às

infrações de menor potencial ofensivo e que devam ser aplicadas no âmbito do Juizado Especial Criminal.

As penas alternativas, na modalidade restritiva de direitos, tiveram sua regulamentação dada pela Lei nº 7.209/84, que previa em seu art. 43, as seguintes penas alternativas à prisão: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direito e limitação de fim de semana. É oportuno consignar que o artigo 43 do Código Penal teve o seu rol de penas restritivas de direito ampliado após o advento da Lei nº 9.714/98, que acrescentou as seguintes modalidades de penas alternativas à prisão: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Seguindo essas considerações a respeito das leis que regulam a matéria tratada neste estudo. É preciso destacar nesse momento, uma das finalidades da instalação da vara de execução de penas alternativas no Fórum Criminal da Cidade de João Pessoa, que é reduzir o número de presos recolhidos ao cárcere e, para isso, oferece ao reeducando a oportunidade de se reintegrar à sociedade por meio do cumprimento da pena restritiva de direitos.

2 BREVES RELATOS ACERCA DA FINALIDADE DA PENA À LUZ DA OBRA PRODUZIDA POR CESARE BECCARIA, “DOS DELITOS E DAS PENAS”

Faz-se necessário destacar o que se depreende do livro *Dos Delitos e das Penas* (2017), de autoria de Cesare Beccaria, no tocante à origem das penas e do direito de punir. Visto que esse artigo versa sobre aplicação das penas restritivas de direito e ressocialização do reeducando, ou seja, por versar sobre penas, é preciso que se faça uma análise inerente ao entendimento estudado no passado a respeito da finalidade de aplicação da pena como forma de punir o transgressor da lei.

A relevância de tal feito se dá pelos assuntos estudados e transcritos por Cesare Beccaria desde o ano de 1764, assuntos esses que retratam a importância da aplicação da pena para reprimir a conduta delituosa e prevenir que novos crimes sejam cometidos. Seguindo essas considerações fáticas, ainda é preciso consignar que, desde os primórdios, era dada muita importância para a real finalidade da pena, que não podia ser de uma rigorosidade maior que a necessária para reprimir a conduta

criminosa praticada, bem como não podia ser aplicada em medida desproporcional ao gravame ocasionado pelo crime.

Urge lembrar que a aplicação das penas restritivas de direitos destina-se, entre outras coisas, a assegurar a liberdade do reeducando, sendo aplicada em substituição a pena privativa de liberdade. Se isso não ocorresse e fosse aplicada a pena privativa de liberdade como forma de punição ao crime praticado, estaríamos diante de uma decisão do juiz de primeiro grau, tomada desproporcionalmente, se comparada ao gravame que resultou a prática do crime.

Nessa linha intelectual, corroborando com o exposto acima, vejamos o que dispôs Beccaria (2017, p. 53): “Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado”.

Pois bem. Esse texto, embora antigo, demonstra que, há muito, se entendia pelos estudiosos do direito penal que a aplicação da pena também deve servir como benefício à sociedade e ao transgressor da norma penal. Esta teoria, de fato, pode se aplicar, nos dias atuais, ao reeducando e à nossa sociedade, composta por pessoas de bem, obedientes às leis e aos costumes éticos e morais, que os impedem de praticar um ato ilícito, em se tratando de direito civil, ou uma conduta antijurídica na seara criminal.

De forma esplendida dissemina Beccaria (2017, p. 52) o entendimento segundo o qual “[...] entre os homens reunidos, nota-se a tendência contínua de acumular no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria miséria e fraqueza”. A “maioria”, a que se referiu Beccaria, pode ser compreendida, nos dias de hoje, dentre outras interpretações, como sendo as pessoas que irão delinquir em algum dia de suas vidas.

Não irão delinquir porque lhe foram deixados apenas miséria e fraqueza, mas sim porque essas pessoas podem se encontrar em situações que os motivem a praticar diversos crimes, como, por exemplo, um furto famélico, praticado pela mãe que deseja alimentar seu filho e/ou um crime de receptação.

Sob esse aspecto, é fundamental a explicação de que a pena restritiva de direitos, ao mesmo tempo em que pune o transgressor da norma penal, também o

oferece a oportunidade de socializar-se novamente. Desta feita, qualquer pessoa que venha a praticar o crime de receptação, furto famélico ou qualquer outro de menor potencial ofensivo, receberá, pelo Estado, a chance de pagar pelo crime que cometeu, sem que, para isso, tenha que se submeter ao estado deplorável do sistema prisional que se encontra em cenário caótico, no caso do Brasil.

Ainda, no tocante ao que vem sendo dissertado, Beccaria (2017, p. 52) proclama o seguinte “[...] o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido”. Ou seja, não se quer que a pena seja considerada como a solução dos problemas presentes na nossa sociedade; entretanto, deve ser capaz de atender ao mínimo das finalidades constantes na Constituição Federal, Lei de Execução Penal, Código de Processo Penal, Código Penal e demais leis esparsas que atribuem a sua finalidade.

Segundo esse viés, o autor supramencionado deixou expresso o seguinte:

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime deveria produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte tirânica. [...] Para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime [...]. A presteza do julgamento é justa ainda porque a perda da liberdade, sendo já uma pena, só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exigir [...]. Se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar [...] (BECCARIA, 2017, p. 54).

Assim, segundo o autor, o castigo produzido com a aplicação da pena deve ser apenas o suficiente para reprimir a infração penal praticada. A severidade do castigo não pode ultrapassar os limites: ela precisa ter rigorosidade, de modo hábil a causar no homem a vontade de agir segundo os bons costumes, respeitando o próximo e realizando atividades condizentes com o padrão moral de ética e cidadania. Ou seja, a rigorosidade do castigo deve impedir tão somente que o homem pratique a infração penal.

No entanto, sendo praticada a infração, o homem deve ser punido e a pena aplicada deverá surtir mais de um efeito, sendo uma forma de punição e de ressocialização do transgressor da lei. Ressocialização essa que é de suma

importância, já que o transgressor precisará retornar a sociedade o mais rápido possível, para que o tempo vivido no cárcere não seja capaz de ensiná-lo a praticar novos delitos, impedindo, assim, que ocorra a ressocialização.

Beccaria (2017, p. 22) nos traz a seguinte reflexão:

Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir. Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens

Desta forma, segundo o autor supracitado, o ser humano não estaria cumprindo as normas que regulam a sociedade apenas porque entendem que seria o correto a fazer, ou por ser uma questão de filantropia, dignidade ou nobreza. O ser humano está ligado às normas e as cumpre porque precisa viver em sociedade, onde aquele que não age buscando respeitar os regulamentos sociais deve ser levado para fora desta. Ou seja, o homem que não cumpre seu papel social e opta por praticar infração penal é punido e marginalizado, tendo que passar uma parte da sua vida recolhido ao cárcere.

A relevância das citações feitas nesse presente trabalho, retiradas da obra produzida pelo Marquês de Beccaria, “Dos delitos e das penas”, do ano de 1764, se dá pelo simples fato de ser preciso demonstrar o quanto a finalidade da pena foi estudada pelo autor. É preciso lembrar que a abordagem desse artigo é sobre a ressocialização proveniente da aplicação das penas restritivas de direitos, ou seja, sobre o fato de que, nos dias de hoje, já é possível se verificar a ressocialização, através do cumprimento da pena restritiva de direitos.

Sendo assim, quando o homem é condenado pela justiça por praticar um crime de menor potencial ofensivo, preenchidos os requisitos legais, a pena privativa de liberdade será substituída pela restritiva de direitos. A pena imposta ao reeducando reprime a sua conduta, pois é preciso que exista certa rigorosidade no castigo. Porém, muito embora, parte de sua liberdade seja cerceada, a pena restritiva de direitos proporciona o retorno do apenado ao convívio social, visto que não será preciso que o condenado seja recolhido à prisão.

3 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: NOÇÕES GERAIS ACERCA DESSAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Faz-se necessário consignar que o homem, um ser gregário¹, deve praticar condutas em sociedade que o faça presumir como sendo uma pessoa que respeita e cumpre as normas estabelecidas perante os seus semelhantes. Assim sendo, quando todos os presentes em um determinado grupo social vierem a praticar ações condizentes com o esperado para que se possa estabelecer um bom convívio social, estaremos diante de uma sociedade que viverá em harmonia e paz social.

E oportuno, no entanto, olharmos para realidade da sociedade em que vivemos, onde se percebe que, estabelecer harmonia para com o próximo, objetivando alcançar a paz social, e agir segundo as normas que impõe limites à liberdade humana, é uma prática de conduta distante da realidade dos fatos inerentes à nossa cultura social. Sendo verdades tais afirmações, compreende-se que a vida em sociedade nos reserva momentos bons e ruins, ou seja, é impossível viver em uma sociedade que não haja a ocorrência de lides (conflitos sociais) ou infrações penais.

Embora existam posicionamentos em sentido contrário, é de conhecimento público e notório que os direitos subjetivos do homem podem ser violados a qualquer momento. Em concordância com o exposto acima, cumpre salientar que, no momento em que o direito subjetivo do indivíduo é violado, nasce para ele o direito de pretensão à ação penal, nos casos em que a lei autoriza a vítima a promover ação penal privada (em caso de crime de menor potencial ofensivo).

Seguindo a linha de raciocínio ora posta, a depender da gravidade do crime praticado (crime de médio ou maior potencial ofensivo), nasce para o Estado o direito de punir o infrator da norma penal, estabelecendo a pena cabível. Deve o Estado, para este fim, e como figura abstrata, ser representado pelo promotor de justiça, a quem incumbe promover a denúncia criminal, e pelo Juiz, que deve solucionar o caso, aplicando o direito segundo os mandamentos de ordem legal.

Nesse sentido, é cediço destacar, segundo Delmanto (2016) que, uma vez

1 O homem é um ser gregário, esta é a sua natureza e até pela sua fragilidade física depende do grupo para sobreviver. Por isso o trabalho social é tão necessário. Em tempos mais remotos nós lutávamos ombro a ombro, não apenas no campo de batalha, mas nas plantações, na ordenha, na pecuária, na caça e na pesca para trazer alimento para as nossas mulheres e filhos (STEINDORFER, 2016).

reconhecido pelo juiz que o réu preenche os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por uma medida alternativa (pena restritiva de direitos), deve este substituir a pena privativa de liberdade e imputar ao réu uma ou demais penas restritivas de direitos. Essa substituição deve acontecer porque, uma vez preenchido os requisitos, o réu adquire o direito de ter sua pena substituída, assim como o juiz passa a ter o dever legal de aplicar a reprimenda cabível, não sendo uma faculdade sua substituir ou não a pena.

3.1 PENA INTEGRATIVA: PENAS ALTERNATIVAS À LUZ DA DOCTRINA E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Na realidade, busca-se o afastamento da imposição por parte do magistrado, de pena privativa de liberdade, que, para determinados casos, pode se tornar desnecessária. Muitas vezes o réu não merece ser punido com a pena de segregação de sua liberdade, visto que, em alguns casos, o crime praticado é de menor potencial ofensivo, ou porque a quantidade de pena em abstrato, é inferior ou igual a 4 (quatro) anos, merecendo o réu um tratamento mais brando por parte do Estado.

Segundo Masson (2015, p. 282):

[...] as penas restritivas de direitos são também chamadas de “penas alternativas”, pois têm o propósito de evitar a desnecessária imposição da pena privativa de liberdade nas situações expressamente indicadas em lei, relativas a indivíduos dotados de condições pessoais favoráveis e envolvidos na prática de infrações penais de reduzida gravidade.

Conforme adiantado acima, é oportuno consignar que o juiz sentenciante deve realizar a substituição da pena, nos termos do art. 44 do Código Penal e, em ato subsequente, expedir a guia (documento onde constam informações do réu) do condenado para a Vara de Execução de Penas Alternativas, onde o réu iniciará o cumprimento da reprimenda imposta e passará a ser chamado de reeducando, isso porque o tratamento destinado a ele em caso de cumprimento de pena alternativa, além de possuir o caráter reintegrador, é bastante diferenciado das outras formas de execução das penas.

O art. 44 do Código Penal, *in verbis*, determina que:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

3.1.1 – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for

cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

3.1.2 – o réu não for reincidente em crime doloso;

3.1.3 – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.[...]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (BRASIL, 1940).

Ainda sob a ótica em análise, o caráter reintegrador, supramencionado, em relação à pena alternativa, abrange os benefícios proporcionados para o reeducando e para a sociedade, conforme se verifica nos resultados obtidos através da prestação de serviços às escolas e a entidades públicas, lugares em que o reeducando não ficará ocioso. Nesta ordem de consideração, percebemos que o reeducando é bem tratado pelos funcionários dos diversos setores de trabalho para onde é encaminhado a prestar o serviço. Esse fato estimula o reeducando que realiza sua atividade de forma mais confortável.

3.2 PENA SOCIAL ALTERNATIVA

Desde já, registramos que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XLVI, prevê a possibilidade da aplicação de pena social alternativa em determinadas situações. Saliente-se que a CRFB/88 não disciplinou quais seriam as penas sociais alternativas; contudo, ficou a cargo do direito penal regular essa matéria em sociedade. É importante prestarmos atenção na distinção das seguintes penas feita por Capez (2014, p. 423):

Diferença entre penas alternativas e medidas alternativas: medidas alternativas são soluções processuais ou penais para evitar o encarceramento cautelar provisório (por exemplo: rol de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, por força da Lei n.12.403/2011, incluindo-se a concessão de fiança) ou a prisão imposta por condenação criminal definitiva (p. ex.: suspensão condicional do processo, ampliação das hipóteses de cabimento de fiança, facilitação da progressão de regime, maior acesso ao livramento condicional e ao sursis etc.). Diferem das penas alternativas porque não constituem penas, mas opções para evitar a

persecução penal e, por conseguinte, a imposição da pena privativa de liberdade, por sentença judicial.

Pois bem. Deve-se analisar o disposto no código penal e em algumas leis penais extravagantes, que trazem no seu bojo alguma espécie de pena restritiva de direitos que possam ser aplicadas ao réu. Vale ressaltar que as penas restritivas de direitos, além de autônomas, devem ser compreendidas como penas efetivas.

Apesar de não ocorrer a segregação da liberdade de forma total, é necessário entendermos que a imposição de qualquer medida alternativa não deixa, de certa maneira, de segregar de forma parcial a liberdade do réu, visto que haverá o cumprimento de uma medida alternativa, limitando em parte os direitos de liberdade do infrator da norma penal.

As penas restritivas de direitos possuem como características marcantes a substitutividade e autonomia. Neste sentido, Masson (2014, p. 423) aduz que “São substitutivas porque resultam do procedimento judicial que, depois de aplicar uma pena privativa de liberdade, efetua sua substituição por uma ou mais penas restritivas de direitos, desde que presentes os requisitos legais”.

Assim sendo, são substitutivas porque o juiz aplica primeiramente a pena privativa de liberdade e, em seguida, substitui a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. São autônomas, por sua vez, porque o Código Penal não admite cumulação de penas privativas de liberdade em nenhuma hipótese.

4 BENEFÍCIOS PARA O REEDUCANDO

Em consonância com o que vem sendo dissertado, entendemos que a consequência lógica, no que diz respeito ao cumprimento de uma pena restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços, é justamente reinserir o reeducando ao convívio social, o que não seria possível, caso não houvesse a pena alternativa.

Em relação à prestação de serviços, Greco (2017, p. 271):

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que serão por ele levadas a efeito em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, sendo que as tarefas que lhe serão atribuídas devem ser de acordo com as suas aptidões, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa

por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Nesse contexto, percebemos que, através do cumprimento e da fiscalização da reprimenda imposta, é possível que o reeducando (apenado) se conscientize de que sua conduta criminosa foi totalmente reprimida pelo Poder Judiciário. Nesse momento, surge para o reeducando a opção de mudar de vida, de escolher ser considerado pela justiça e pela sociedade como um cidadão de bem.

Além disso, é preciso deixar claro que, as penas alternativas são por natureza, reintegrativas, ou seja, o reeducando se beneficia dos serviços prestados pelo Poder Judiciário no momento em que a máquina judiciária se movimenta para integrá-lo novamente à sociedade, mediante ações realizadas na vara de execução de penas alternativas.

Assim, a rigor, sendo verdadeiras tais afirmações, presume-se que o reeducando não volte a reincidir e que também não volte a praticar crime diverso daquele que o levou a cumprir a pena alternativa imposta. Na verdade, o benefício se verifica pelo simples fato do reeducando ter aprendido a se educar, de tal forma que o cumprimento da pena restritiva de direitos faz com que ele passe a compreender que não deve praticar o mesmo crime ou delito diverso daquele que ensejou a aplicação da pena alternativa.

Vale ressaltar que, depois de extinta a pena, pelo seu total cumprimento, o reeducando não teme os efeitos da reincidência e por isso não volta a reincidir, é preciso entender que ele passou por um processo revigorador de sua autoestima, lhe proporcionando bem estar perante a sociedade. A parte de sua personalidade corrompida deixa de ser um perigo para ele próprio e para as pessoas ao seu redor. Em síntese, ele se torna um novo homem.

Ainda convém lembrar, com a destinação de sustentar o que se afirma: se o reeducando praticar falta grave, durante o cumprimento de prestação de serviços à comunidade, por exemplo, ou se ele deixar de cumprir qualquer reprimenda imposta, o juiz de execução penal poderá converter² a pena restritiva de direitos em privativa

² Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença (BRASIL, 1984).

Art. 66. Compete ao Juiz da execução: V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (BRASIL, 1984).

de liberdade, expedindo posterior mandado de prisão, conforme se depreende na análise dos arts. 65, 66 e 148 da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984).

Ora, muito embora tenha sido afirmado que o reeducando não teme os efeitos da reincidência, é preciso destacar o fato dele não querer ter um mandado de prisão decretado em seu nome, já que, ocorrendo isso, ele perderá todos os benefícios inerentes ao cumprimento da pena alternativa e será recolhido a uma unidade prisional, local onde dificilmente será possível haver a ressocialização de fato.

4.1 ATIVIDADES EDUCACIONAIS COMO VETOR DE RECUPERAÇÃO DA DIGNIDADE DE AUTOESTIMA DO REEDUCANDO.

As atividades educacionais realizadas no âmbito de estabelecimentos penitenciários, seja ele qual for, tem o condão de estimular o apenado a realizar atividades que, dentre outros resultados, o tornará mais responsável. O dever de educar o preso não deve ser entendido como um serviço a ser prestado de forma obrigatória por parte do Estado, e sim como uma ação desenvolvida nos presídios, com a destinação de fazer surgir na mente do apenado (reeducando) a ideia de se educar, primeiramente, antes de qualquer outra conduta a ser praticada.

O reeducando deve ser motivado a estudar, deve ser motivado a se educar por diversos meios, sem sofrer interferências que o obriguem a isso. Os educadores de reconhecida notoriedade explicam que o ensino ministrado a uma pessoa serve apenas como um vetor, um norte, uma direção a ser seguida e observada pelo aluno (reeducando). No entanto, as principais atividades destinadas a aprimorar esses ensinamentos absorvidos devem ser realizadas pelo próprio aluno, de forma que o estudo não se limite apenas aos conteúdos das atividades educacionais ministradas, assim como proclama Olavo de Carvalho (2016).

Torna-se difícil estudar sem concentração, foco, determinação, perseverança e objetivo, dentre outros fatores disposicionais a que deve estar acometido o reeducando. Por essas e outras razões, o reeducando não pode ser obrigado a realizar atividades educacionais, porque isso ocorrendo, ele irá agir contra sua própria

Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal (BRASIL, 1984).

vontade, ou seja, não será possível a verificação de resultados satisfatórios, tanto para ele quanto para a sociedade que espera e merece ter de volta ao seu convívio uma pessoa regenerada que, possivelmente, não voltará a delinquir.

Em suma, o Estado não pode dar educação, seja para o condenado preso, ou para o condenado que esteja cumprindo uma pena restritiva de direitos (neste caso o reeducando). A educação é obtida por aquele que almeja alcançar uma virtude suprema em relação a suamoral e dignidade³. Entretanto, nem todas as pessoas desejam alcançar essa virtude e, por conseguinte, acabam desistindo de procurar o que há de melhor pra si através da educação, através da autoeducação, para ser mais exato, o que se torna uma realidade muito triste para o Brasil.

De acordo com as considerações já expostas, vejamos que o reeducando, ao invés de ficar inerte, em relação à realização de atividades que possam lhe proporcionar uma aproximação para a sociedade, este, por sua vez, pratica condutas que, por consequência lógica, o levarão de volta ao convívio social, tendo em vista que ele aceita a oportunidade de provar que poderá viver em sociedade sem praticar delitos, sem dar qualquer motivo que enseje a sua prisão ou que denigra a sua imagem e atente contra as qualidades inerentes ao bom homem (ser gregário) que precisa viver em sociedade.

O reeducando, ao cumprir pena restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à entidade pública, forma vínculos afetivos com seus colegas de trabalho, se aproxima de pessoas de boa índole, desenvolve atividades durante o trabalho, cuja finalidade é proporcionar uma boa qualidade no serviço prestado ao ente público que o acolheu e que objetiva tornar possível a ele a oportunidade de se educar.

Segundo Delmanto (2016. p. 325) “a prisão é uma medida extrema que deve ser aplicada somente para criminosos violentos, que representam efetivo perigo à sociedade”. Seguindo esse viés, é importante frisar que a recuperação da dignidade

3 Dignidade é a qualidade de quem é digno, ou seja, de quem é honrado, exemplar, que procede com decência, com honestidade. É um substantivo feminino, que vem do latim dignitate, que significa honradez, virtude, consideração. Para o filósofo alemão Immanuel Kant (1724-1804), a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais e éticos. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. Disponível em: <https://www.significados.com.br/dignidade/>. Acesso em: 16 maio 2017

de autoestima⁴ do reeducando através da educação, ocorre justamente porque é dada a ele a oportunidade de se educar no local de trabalho onde presta serviços, já que a sua liberdade não é cerceada durante o cumprimento da pena restritiva de direitos. Some-se a isso o fato de o reeducando poder adquirir o hábito de estudar em locais diversos de onde são realizadas as atividades laborativas, ou seja, o reeducando se motiva a estudar em outros locais.

Chega-se às considerações elencadas acima, através dos fatos observados no decorrer da execução das penas restritivas de direitos, visto que o reeducando é informado pelos servidores atuantes na VEPA, de que não devem infringir a lei penal, sendo informado disso, e passa a entender que a pena restritiva de direitos foi imposta em substituição a privativa de liberdade, ou seja, lhe foi dada uma chance de provar que é capaz de viver em sociedade sem transgredir a lei.

4.2 POLÍTICA FISCAL E GOVERNAMENTAL PARA OFERECER MAIS VANTAGENS ÀS EMPRESAS QUE ADOTEM PROJETOS DE ABSORÇÃO DOS REEDUCANDOS.

Tendo em vista que a população carcerária do Brasil cresce em grande número de detentos, foi preciso que o Estado criasse alternativas ao cumprimento de determinadas penas que privam o condenado de sua liberdade, tendo em vista que a construção de novos presídios tem se mostrado ineficaz. Essas alternativas visam diminuir o número de apenados submetidos à realidade deplorável do processo de ressocialização, presente em grande parte dos presídios brasileiros.

Corroborando com o exposto acima, Figueiras (2017) diz o seguinte:

Em Minas Gerais, por exemplo, nove em cada dez sentenças são cumpridas fora do cárcere. No Paraná, a taxa de penas alternativas chega a 63%. 'As pessoas que passam pelo sistema prisional saem com maior propensão a cometer novos delitos. Isso nos indica que, se puder evitar a prisão, melhor', afirma o juiz coordenador do Grupo de Monitoramento e Fiscalização dos Presídios (GMF) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), Eduardo Lino. [...] De acordo com o relatório Justiça em Números 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juízes de dez estados brasileiros preferem proferir sentenças alternativas à prisão.

⁴ Autoestima é a qualidade que pertence ao indivíduo satisfeito com a sua identidade, ou seja, uma pessoa dotada de confiança e que valoriza a si mesmo.

Dessa forma, o Estado está empregando políticas governamentais⁵, por meio de atividades públicas, para que o apenado possa cumprir penas alternativas à prisão. De fato, o Conselho Nacional de Justiça criou, no ano de 2011, um grupo de juízes para atuarem na aplicação de penas e medidas alternativas, sendo este um grande avanço em relação à cominação e aplicação de penas, pois, a partir da criação desse grupo, os apenados passaram a ter a execução de suas penas fiscalizadas por juízes especializados e treinados para proporcionar ao reeducando o essencial para tornar possível a sua ressocialização.

Em adição, o Conselho Nacional de Justiça se utiliza da seguinte argumentação para justificar a criação desse grupo de juízes especializados em executar penas e medidas alternativas:

A consolidação da Política Criminal das Penas e Medidas Alternativas torna-se cada vez mais relevante perante os problemas evidentes do sistema prisional, tais como a superlotação e os tratamentos que violam princípios básicos da dignidade humana. Através deste Grupo de Trabalho, viabilizou-se uma parceria com Ministério da Justiça na qual se persegue o objetivo de concretizar uma política para o Sistema Nacional de Penas e Medidas sobre tudo quanto à questão do desencarceramento (CNJ, 2017).

Acrescenta-se, também, o disposto na política fiscal em relação ao trabalho que o reeducando realiza, nas instituições conveniadas, com as varas de execução de penas alternativas. Isso porque não é raro o reeducando ser contratado para trabalhar depois de cumprir a pena alternativa. Por esse motivo, o Estado deveria estimular as empresas privadas para oferecer ao reeducando uma proposta de emprego e, em troca, o Estado isentaria essas empresas de pagarem determinados tributos.

Do mesmo modo que o reeducando é educado, ressocializado e contratado para trabalhar em instituições públicas, as empresas privadas poderiam se conveniar com a vara de execução de penas alternativas para serem beneficiadas por meio dessa política de absorção dos apenados. É preciso ressaltar que a Lei de Organização Judiciária do Estado da Paraíba (LC nº 96, de 03 de dezembro de 2010), em seu art. 178, inciso III, atribui competência a VEPA para realizar o cadastro e credenciamento de entidades públicas e privadas por meio de convênio para fins de

5 Política Governamental: São várias formas de propor execuções do poder, estabelecendo e relacionando a liberdade de planejar e executar as atividades públicas.

realização de programas comunitários, tudo isso para uma melhor execução das penas restritivas de direitos (PARAÍBA, 2010)

Em síntese, havendo absorção do reeducando pelas empresas, estas se beneficiariam por meio de isenção do pagamento de tributos, bem como o reeducando pelo emprego que conseguiu e também a sociedade, que estará livre de um criminoso. Ademais, expressa Santiago (2012) o seguinte “quanto maior a carga de impostos ditada pela política fiscal do governo haverá menor renda disponível para a população em geral, inibindo o consumo”. Dessa forma, se a empresa for isentada do pagamento de impostos, o dinheiro que seria destinado a esse pagamento pode ser utilizado para investimentos em diversos setores da empresa, contando ainda com o fato de ter sido diminuída a carga de impostos.

5 RESSOCIALIZAÇÃO DO REEDUCANDO. DA CRIAÇÃO DA VARA DE EXECUÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS EM JOÃO PESSOA, PARAÍBA (VEPA. JP/PB).

A Vara de Execução de Penas Alternativas, criada pela Lei de Organização Judiciária local (LC nº 96, de 03 de dezembro de 2010), foi instalada no dia 13 de julho de 2012 na cidade de João Pessoa/PB. Sua competência estabelece a execução e fiscalização das penas restritivas de direitos, conforme previsão constante em seu art. 178 (PARAÍBA, 2010). Cumpre salientar, novamente, que as penas restritivas de direitos são as previstas no art. 43 do Código Penal, sendo estas a prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

Vale destacar o disposto no artigo 178 da referida lei em relação à sua competência:

Art. 178. Compete à Vara de Execução de Penas Alternativas: I – promover a execução e fiscalização do beneficiário à suspensão da pena (SURSIS), podendo, inclusive, revogar o benefício, encaminhando os autos ao juízo competente, e declarar extinta a punibilidade em razão da expiração do prazo sem revogação, procedendo à comunicação necessária; III – cadastrar e credenciar entidades públicas ou privadas e firmar com elas convênio para fins de programas comunitários, com vista à execução de penas restritivas de direitos; NR (Redação dada pela LC nº 130, de 14-05-2015 – DO 15-05-2015). IV – Instituir e supervisionar

programas comunitários para os fins previstos no inciso III deste artigo; V – acompanhar pessoalmente, quando necessário, a execução dos trabalhos; VII – funcionar nas execuções penais dos que estejam cumprindo penas alternativas, salvo nas hipóteses de transações penais e de penas privativas exclusivas de multa, em que a execução ficará a cargo do juízo processante; (Acrescentado pela LC nº 130, de 14-05-2015 – DO 15-05-2015). VIII – cumprir carta precatória relativa à matéria de sua competência; (Acrescentado pela LC nº 130, de 14-05-2015 – DO 15-05-2015) (BRASIL, 1984). O Fórum Criminal Oswaldo Trigueiro Albuquerque de Melo, a Defensoria Pública, entre outras 100 entidades, como a Maternidade Cândida Vargas, o Hospital Edson Ramalho e o Hospital Napoleão Laureano, estão fazendo parceria com Tribunal de Justiça da Paraíba para que presos de penas restritivas possam ser reintegrados ao mercado de trabalho.

O fim a que se destina o trabalho desenvolvido por todos os presentes na vara, desde o pessoal do cartório até o juiz de execução, é de fazer com que seja fielmente cumprida a medida imposta pelo juiz processante, visto que este imputa ao reeducando uma pena privativa de liberdade e, por estarem presentes os requisitos que autorizam a substituição por uma pena restritiva de direito, o juiz aplica a substituição. O juiz de execução, por sua vez, é competente para executar a pena restritiva de direitos aplicada ao reeducando.

Corroborando com o afirmado, vejamos o que dispõe Pinheiro (2012):

Esse trabalho vem sendo exercido através de capacitações da equipe multidisciplinar da Vara de Execução de Penas Alternativas, que tem à frente o juiz José Geraldo Pontes⁶, titular da Vara, e pela Defensoria Pública, cuja equipe é composta por uma assistente social, uma psicóloga e estagiárias de psicologia e serviço social. Também vêm sendo ministradas palestras pelos juízes que estão em exercício na Vara, bem como pelos promotores.

Em consulta feita por Pinheiro à juíza Anna Carla Falcão da Cunha Lima, substituta da Vara, esta informou que:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as penas privativas de liberdade. São crimes com menor potencial ofensivo, cujas penas fixadas não sejam superiores a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena, se o crime for culposos; o réu não for reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do

⁶ José Geraldo Pontes, até o presente momento, é o juiz titular da Vara de Execução de Penas Alternativas, 17/11/2016.

condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No ano de 2012, em que foi criada a vara e instalada no Fórum Criminal Oswaldo Trigueiro Albuquerque de Melo, foi realizada, no mês de abril, a primeira capacitação das instituições citadas acima com o fim de melhorar o atendimento e relacionamento entre os funcionários das instituições e os reeducandos. No mês de junho, do mesmo ano, foi realizada outra capacitação, porém, dessa vez, a capacitação teve por objetivo averiguar como se daria o cumprimento da pena restritiva de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

5.1 CONDIÇÕES ADEQUADAS PARA O CUMPRIMENTO DA RESTRITIVA

É bem verdade que a restritiva imposta dever ser adequada às condições que o reeducando possa cumprir no local de prestação do serviço, e por outro lado, muitas vezes, as instituições optam por reeducandos de determinado sexo, isso porque o trabalho pesado a ser realizado no setor da instituição lhes será mais proveitoso se realizado por homem, enquanto noutros setores, que não exijam trabalho pesado, a prestação pode ser realizada por uma mulher.

Em complemento ao exposto há pouco, Pinheiro (2012) disciplina o seguinte:

Destaca-se que o trabalho atribuído ao apenado se faz conforme as aptidões do respectivo, e não poderá prejudicar a jornada normal de trabalho, consoante o estabelecido no art. 46, § 3º do Código Penal. Nesse particular, temos casos em que após o cumprimento da pena o apenado, por desempenhar tão bem a função, é contratado pela própria instituição a que foi destinado a prestar serviços gratuitos à comunidade”, disse. Com relação às capacitações, Anna Carla adiantou que as mesmas estão sendo realizada na comarca de João Pessoa e, brevemente, serão iniciadas em Campina Grande.

A pena restritiva de direito substitui a privativa de liberdade quando o juiz processante assim determina na sentença, em sua parte dispositiva. Essa substituição deve ocorrer toda vez que estiverem presentes os requisitos que a autorizam. O juiz que imputa a pena privativa de liberdade e a substitui por uma ou mais restritivas de direito não é o mesmo que vem a executar a medida imposta.

Todo o procedimento de execução de uma pena restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, por exemplo, deve ser realizado pelo juiz da execução penal, sendo mais preciso, pelo juiz que preside a Vara de Execução de Penas Alternativas. Sob a análise dos requisitos objetivos e subjetivos para que possa ocorrer a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, vejamos o que dispõe Nucci (2014, p. 613):

Requisito objetivo de duração da pena aplicada e espécie de crime: todos os delitos culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a pena, bem como os crimes dolosos, desde que a pena não ultrapasse 4 anos e não houver violência ou grave ameaça à pessoa. Requisitos de avaliação subjetiva: cabe ao juiz, dentro do seu prudente critério, novamente invocando o art. 59 do Código Penal, optar pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos que o levaram ao delito, bem como as circunstâncias gerais de prática da infração.

Cumprido salientar que, em boa parte dos Estados brasileiros, pouco se dá a devida atenção ao processo de execução das penas impostas aos réus, que deveriam ser cumpridas e fiscalizadas por órgãos competentes e especializados no atendimento aos condenados. Isso é de fácil verificação, pois é de conhecimento público e notório que o sistema carcerário no Brasil não é, e talvez nunca seja capaz de ressocializar o apenado.

A estrutura do lugar, na maioria das vezes, não possui instalações adequadas e que sejam capazes de propiciar para os apenados boas condições de higiene, estudo, trabalho e lazer, entre outros direitos inerentes à sua pessoa, garantidos e assegurados na Constituição Federal e principalmente pela lei que regula a matéria em sociedade (referimo-nos à Lei de n.º 7.210/1984 Lei de execução penal).

Verifica-se que o Estado da Paraíba precisa obedecer aos mandamentos da lei de execução penal e ao disposto no Código Penal, pelo simples fato de ser a atitude correta daquele que detém o direito de punir o infrator da norma, visando reprimir a conduta de criminosos na sociedade e evitando, assim, que outras pessoas venham a praticar novas infrações penais.

Em uma simples leitura da lei *retro* mencionada, é possível constatar que o apenado possui direito a ser observado e deveres a serem cumpridos, estes pelo setor administrativo, incumbido de manter o apenado em situação condigna com a

dignidade da pessoa humana, àqueles, pelo próprio apenado que deve apresentar bom comportamento e fazer de tudo para que seja possível, no futuro, uma suspensão da pena, livramento condicional ou até mesmo a progressão de regime, que pode não ser concedida caso o apenado pratique algum crime na unidade prisional.

Em adição, é importante frisar que o órgão incumbido de fiscalizar a execução da pena, no Estado da Paraíba, é o conselho penitenciário. As suas atribuições estão previstas na Lei Estadual de nº 5.022, de 14/04/1988 e Decreto Estadual nº 12.832, de 09/12/1988. De acordo com o art. 39 da referida lei, competem ao conselho penitenciário dentre outras atribuições:

Artigo 39 – Como órgão fiscalizador e consultor da execução penal competem ao Conselho Penitenciário: I – propor livramento condicional, indulto e comutação de pena, e emitir parecer sobre os mesmos benefícios; II – inspecionar os estabelecimentos penitenciários, e seus correlatos serviços; III – apresentar, no primeiro trimestre de cada ano, relatório circunstanciado das suas atividades no exercício anterior, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão adstrito a estrutura do Ministério da Justiça (PARAÍBA).

O juiz da execução pode realizar a conversão da pena restritiva de direitos se assim for necessário e, corroborando com nosso entendimento, Nucci (2014, p. 613) relata que, “como regra, a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade é um incidente da execução, pois é este juízo o competente para acompanhar o cumprimento da sanção aplicada”. Continua Nucci (2014, p. 613) dizendo que o juiz deve continuar “advertindo o sentenciado acerca de suas obrigações (*sursis*, regime aberto e restritiva de direitos) para, na sequência, encaminhar o feito à execução”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que a aplicação e execução de penas alternativas à prisão são capazes de mudar, para melhor, a vida daquele que foi condenado em primeira instância e, por preencher os requisitos legais, tem a sua pena privativa de liberdade substituída por uma, ou demais penas restritivas de direitos. Por estarmos tratando de um bem jurídico essencial, que é a liberdade do reeducando, nada melhor do que,

de forma correta o poder judiciário aplicar uma pena justa, visando, assim, educar e ressocializar o apenado.

Destarte, foi visto que o reeducando, querendo, pode optar por estudar durante a fase de execução de uma pena restritiva de direitos. Constata-se que o reeducando recupera a sua dignidade e a sua autoestima por meio do trabalho e dos estudos; para isso basta só ele ter força de vontade. Sob esse viés, verifica-se que na cidade de João Pessoa, os integrantes da vara de execução de penas alternativas, são pessoas altamente capacitadas para dar o devido apoio moral e intelectual para seja possível o apenado se reeducar.

Por sua vez, vale mencionar o que foi abordado do livro 'Dos delitos e das penas', isso porque, foi de suma importância consignar que o Marquês de Beccaria desde o ano de 1764, já se preocupava com a real finalidade de imposição da pena como forma de reprimir o crime cometido, proclamando que, a pena deve ser justa e, por conseguinte deve ser aplicada sem exceder o limite que o criminoso possa suportar.

Assim, nesse contexto, em face das pesquisas realizadas, podemos dizer que, as penas restritivas de direitos por serem substitutivas, proporcionam ao reeducando a oportunidade de se manter em liberdade, livre da prisão. Some-se a isto o fato de ser possível o reeducando frequentar cursos profissionalizantes, praticar esportes, estudar, trabalhar, viver com a sua família e estar inserido no convívio social. Tudo isso, dentre outras atividades passíveis de realização, tendo em vista que o reeducando estará cumprindo uma pena restritiva de direitos que não tem o condão de segregá-lo da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, José Costa. Política governamental. In: **Dicionário Informal**, 2016.

Disponível em:

<http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/politica%20governamental/23118/>.

Acesso em: 17 maio 2017.

BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível

em: http://undimepr.org.br/documentos/constituicao_88.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.259**, de 12 de janeiro de 2001. Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 12 fev. 2017

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Planalto. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal – Penas restritivas de direitos. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9714.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Olavo de. **O mínimo que você precisa saber pra não ser um idiota**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Record., 2016

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Grupo de trabalho de penas e medidas alternativas. In: **CNJ**, 2017 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/penas-e-medidas-alternativas>. Acesso em: 10 maio 2017.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

FIGUEIRAS, Isabel. Alternativa: Brasil busca penas fora do cárcere. In: **O Povo**, 2017. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/jornal/dom/2017/02/alternativa-brasil-busca-penas-fora-do-carcere.html>. Acesso em: 20 maio 2017.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus., 2017.

MASSON, Cleber. Código penal comentado.2. ed.São Paulo: Editora Gen., 2014.

MENEZES, Maria do Socorro da Silva. **Normas e procedimentos gerais para elaboração do tcc**. João pessoa, 2014.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Código penal comentado**.14. ed. São Paulo: Editora Gen., 2014.

PARAÍBA. Governo do Estado. Administração Penitenciária PB – Conselho penitenciário da Paraíba. Governo do Estado PB, 2017. Disponível em: <http://paraiba.pb.gov.br/administracao-penitenciaria/conselho-penitenciario-da-paraiba/>. Acesso em: 14 maio 2017.

PARAÍBA. **Decreto-Lei nº 12.832**, de 09 de dezembro de 1988. Diário Oficial. Conselho penitenciário. João Pessoa, PB: Diário oficial da União, 1988. Disponível em: <http://static.paraiba.pb.gov.br/2014/03/Diario-Oficial-08-03-2014.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

PARAÍBA. **Lei nº 5.022**, de 14 de abril de 1988. Diário Oficial. Atribuições do conselho penitenciário. João Pessoa, PB: Diário oficial da União, 1988. Disponível em: <http://static.paraiba.pb.gov.br/2014/03/Diario-Oficial-08-03-2014.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

PARAÍBA. **Lei Complementar nº 96**, de 03 de dezembro de 2010. Lei de organização e divisão judiciária do Estado da Paraíba. João Pessoa, PB: Diário oficial da União, 2010. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/wp-content/uploads/2017/03/LOJE-03-01-2017.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

PINHEIRO, Kubitschek. TJPB firma parceria com entidades com o objetivo de reintegrar presos ao mercado de trabalho. In: **Jusbrasil**, 2012. Disponível em: <https://tjpb.jusbrasil.com.br/noticias/100510436/tjpb-firma-parceria-com-entidades-com-o-objetivo-de-reintegrar-presos-ao-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 18 fev. 2017.

SANTIAGO, Emerson. Política fiscal. In: **Info Escola**, 2017. Disponível em: <http://www.infoescola.com/economia/politica-fiscal/>. Acesso em: 12 maio 2017.

STEINDORFER, Rick, O homem é um ser gregário. In: **Recanto das letras**, 2016. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/cronicas/611289>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PROTEÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA AOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NOS MEIOS DIGITAIS

BRAZILIAN LEGAL PROTECTION OF PERSONAL DATA SENSITIVE IN DIGITAL MEDIA

DALINNY MEDEIROS LUCENA DE LIMA*
ARNALDO SOBRINHO DE MORAIS NETO**

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, dedutiva, exploratória da literatura com abordagem quantitativa, que objetivou estudar a temática da proteção jurídica brasileira de dados pessoais sensíveis na perspectiva dos meios digitais. De forma reflexiva, não exaustiva, analisou-se o ciberespaço brasileiro no que se refere a proteção dos dados pessoais sensíveis e depositou-se considerações sobre o panorama geral da era da informação que, frente a evolução tecnológica, discutiu-se a ressignificação dos limites da privacidade, em seguida, investigou-se a privacidade em uma abordagem constitucional, constatou-se que os dados pessoais possui status de direito fundamental, em seguida analisou-se os registros eletrônicos dos dados sensíveis na esfera da saúde, que resultou em um vazio legislativo. No segundo momento, estudou-se as disposições legislativas sobre a temática no âmbito internacional e nacional. Vislumbrou-se que, diante da evolução tecnológica, foram produzidas algumas leis relacionadas com o dado pessoal, a fim de coibir abusos. Porém, essas leis ainda são insuficientes, frente a diversidade de situações que provoca a violação do direito fundamental à privacidade. No que se refere aos dados sensíveis no âmbito da saúde, a melhor referência internacional encontrada foi o modelo americano HIPAA compliance. Já no que se refere à amplitude, a normatização da união europeia é a mais abrangente e adequada, além de permitir, por semelhança legislativa, a facilitação no trânsito das informações. Destarte, a proposta de lei em trâmite no Congresso Nacional deve ser atualizada, frente a evolução dessas discussões no regulamento europeu 679/16. Diante da iminência de conflitos judiciais envolvendo esta temática, o Brasil precisa estabelecer uma legislação unificada para tratar dessa matéria.

PALAVRAS CHAVE: Proteção aos Dados Pessoais Sensíveis; Privacidade; HIPAA Compliance; Diretiva de Proteção de Dados (DPD) nº 46/95; Regulamento 679/16.

* Aluna concluinte do curso de Bacharelado em Direito da Fesp Faculdades, semestre 2017.1, e-mail: dalinnym@gmail.com

** Doutorando e mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Professor das disciplinas Direito da Informática e Direito Constitucional (IESP), Direito Penal (FESP e ASPER), instrutor das disciplinas Gestão de Atividades de Comando e Estado Maior, no Bacharelado em Segurança Pública da PMPB e da disciplina Temas Fundamentais de Segurança Pública, na Pós Graduação da Academia de Polícia Militar do Cabo Branco. Membro da The Heraldry Society. Sócio efetivo da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Conselheiro do Conselho Estadual de Coordenação Penitenciária (2012/2014). Representante brasileiro e Conferencista na SPCI 2008, Cyberspace 2008, ISCCRIM 2009, LSPI 2009, ILA-BRASIL 2010, II CICCRIM 2011 e Jurix 2011. LSPI 2012. LSPI 2013. Brazil-India Energy Law Seminar 2013. ICABR 2014, e-mail: arnaldomsc@gmail.com

ABSTRACT

It is a bibliographical, deductive, exploratory research of the literature with a quantitative approach, aiming to study the Brazilian legal protection of sensitive personal data from the perspective of digital media. In a reflexive, non-exhaustive way, the Brazilian cyberspace was analyzed with regard to the protection of sensitive personal data, and considerations were placed on the general panorama of the information age that, in the face of technological evolution, the re- Of privacy, then we investigated privacy in a constitutional approach, it was found that personal data has fundamental right status, then analyzed the electronic records of sensitive data in the health sphere, which resulted in a void legislative. In the second moment, the legislative provisions on the subject were studied in the international and national scope. It was glimpsed that, in the face of technological change, laws related to personal data were produced in order to curb abuses. However, these laws are still insufficient, given the diversity of situations that causes the violation of the fundamental right to privacy. With respect to sensitive health data, the best international benchmark was the US HIPAA Compliance model. In terms of breadth, the standardization of the European Union is the most comprehensive and appropriate, as well as facilitating, through legislative similarity, the facilitation in the transit of information. Therefore, the proposed law in the National Congress must be updated in the light of the evolution of these discussions in the European regulation 679/16. Faced with the imminence of judicial conflicts involving this issue, Brazil must establish a unified legislation to deal with this matter.

KEYWORDS: Protection of Sensitive Personal Data; Privacy; HIPAA Compliance; Data Protection Directive (DPD) nº 46/95, Regulation 679/16.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito é dinâmico, ao passo em que a sociedade evolui, formam-se novos paradigmas e surgem novos direitos a serem tutelados pelo Estado. Neste estudo, partiremos do pressuposto que a proteção da privacidade representa uma das garantias constitucionais, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana.

Com o avanço da computação ubíqua, da comunicação e do compartilhamento de informações na internet, a cada dia aumenta as possibilidades de violação ao preceito fundamental da privacidade. A temática privacidade ainda não foi abordada exaustivamente no Brasil, fazendo com que empresas se apoderem de informações pessoais para a publicidade comportamental, farmacêutica, do bem estar ou até mesmo esses dados sejam acessados pelo crime organizado.

Tal constatação provoca inquietações, motivo pelo qual, através de estudos

na literatura verificou-se as aplicações sobre a problemática, tomando como ponto de partida a seguinte questão problema. Como se encontra a atual legislação brasileira no que cerne à proteção aos dados pessoais sensíveis?

Exposta esta inquietude, verifica-se a existência de hipóteses ainda não respondidas: Diante da insuficiência de legislação nacional sobre os dados pessoais sensíveis, existe uma insegurança jurídica em relação à tutela da privacidade no âmbito da saúde, uma legislação específica que abarcassem os dados sensíveis amenizaria este problema.

Ademais, dentre as legislações alienígenas sobre essa temática, a europeia seria a ideal para ser utilizada como parâmetro brasileiro em sua produção legiferante, mas ainda não seria suficiente.

Seguindo o modelo da lei de acesso à informação e do marco civil da internet, a unificação dessas leis com a complementação do modelo europeu e do modelo dos Estados Unidos com o olhar nos dados de saúde e em relação aos dados sensíveis, representaria o avanço necessário ao atendimento da tutela pretendida.

Além disso, se o projeto de lei viesse a abranger o quesito da transferência de dados entre nações e já com revisões programáticas a fim de atender a evolução da tecnologia e da sociedade no que se refere a privacidade, atenderia a formação ideal para que de fato a lei alcançasse o patamar de um verdadeiro marco civil da internet. Diante da problemática e hipóteses apontadas, objetivou-se com a presente pesquisa, analisar a tutela jurídica brasileira em relação aos dados pessoais sensíveis. E como objetivos específicos procurou-se analisar os aspectos constitucionais na proteção aos dados pessoais sensíveis; estudar a tutela europeia em relação aos dados pessoais; e verificar a normatização do *HIPAA Compliance* criado e adotado pelos Estados Unidos.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, de método dedutivo, exploratória da literatura, com abordagem quantitativa a qual se justifica frente a relevância de se rever as garantias da privacidade frente a evolução tecnológica. Além de ter grande pertinência pois está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4060/2012 e seus apensos que tratam do assunto mas que precisará já ser revisado. A pesquisadora convive com processos envolvendo a segurança dos dados sensíveis na internet. Além disso, este estudo poderá colaborar como fonte de pesquisas futuras.

Para o levantamento de dados bibliográficos inicialmente foi realizado uma consulta à biblioteca local e a virtual adotada pela faculdade. Posteriormente, em outras bases de dados totalizando 56 referências, das quais foram escolhidas 42 em especial, por possibilitar acervo compatível e atualizado sobre a temática.

Considerou-se as publicações existentes no período de 2011 a 2017 e utilizou-se para tanto as seguintes etapas metodológicas: esquematização de conteúdo a ser abordado, com levantamento de fontes bibliográficas em base de dados, com os seguintes descritores: proteção aos dados pessoais sensíveis, *HIPAA Compliance*, Diretiva de Proteção de Dados (DPD) número 95/46. Organizou-se o material de investigação que ensejou em um sumário norteador, em seguida, realizou-se a análise e discussão dos resultados, gerando ao final breves considerações que poderá colaborar como fonte de pesquisas futuras.

2 PANORAMA GERAL DOS DADOS PESSOAIS NA ERA DA INTERNET

A vida moderna e a tecnologia tem trazido novos termos diante da força de disseminação da informação e da onipresença dos meios de comunicação. E o novo termo utilizado para esse avanço é conhecido por computação ubíqua ou pervasiva ou ainda onipresente, o que possibilita em segundos o encontro e o confronto de informações e metadados de forma inimaginável manualmente, é a ideia extraída de Gubbi et al (2013) ao falar sobre a força da computação ubíqua.

Estudos importantes, do final de 2016, realizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) e pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto.Br (NIC.br), apontaram que mais da metade da população brasileira usa internet, cerca de 102 milhões de internautas, na sua maioria com celular e rede *wi-fi*, e se concentra mais no Sudeste (BRASIL, 2016).

Para Gubbi et al (2013), evolução de tecnologias responsivas e intuitivas em uma rede interconectada dá origem a Internet das Coisas ou *Internet of Things* (IoT) que acredita ser a próxima revolução tecnológica, ditada na era do capitalismo dos dados que já possibilita decifrar um perfil sócio-psíquico-emocional para fins comerciais.

Tudo isso corrobora com o pensamento de que a tecnologia da informação

ea comunicação tem criado novos hábitos a partir de seu acesso interativo. O uso da internet das coisas ultrapassou a fronteira de um desktop e a partir da comunicação móvel com seus aplicativos, tem provocado uma ruptura do modelo antigo de tráfego e acúmulo de dados (GUBBI, et al. 2013).

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DAS DADOS

O direito à confidencialidade dos dados de saúde é tema timidamente pesquisado, mas tão importante que mereceu a garantia de direito fundamental na Carta Magna de 1988, porém pelo fato do conceito da privacidade ter evoluído diante da tecnologia, se faz necessário a adequação com legislação específica, foi o entendimento extraído do texto de Faria e Cordeiro (2014).

Corroborando com a percepção acima, Fortes e Boff (2014) elucida que é comum observar pesquisas brasileiras que se ocupam com os reflexos da internet em matéria de direito do consumidor e do direito penal nos casos dos cibercrimes. Contudo, a produção científica é insuficiente ao se tratar sobre a proteção dos dados e a privacidade que é o verdadeiro alvo a ser tutelado.

Couto (2014) apresentou um conceito de privacidade e explicou que cada um é “seu próprio agente de relações públicas” ao compartilhar com o público:

Revelar-se de maneira seletiva e administrar graus de exposição são ações que interpelam cada sujeito para uma participação ativa e responsável nas redes sociais digitais. [...] participar, colaborar e compartilhar - passam a sintetizar a vida na cibercultura avançada. E eles traduzem as frequentes ações, os comportamentos de milhares de pessoas.

Para Acquisti (2015) os estímulos advindos do mundo físico pode provocar desvios comportamentais que venham a afetar a segurança e a vigilância da privacidade do indivíduo no ciberespaço:

Os seres humanos evoluíram para detectar e reagir às ameaças em seu ambiente físico e desenvolveram sistemas perceptivos para avaliar os estímulos físicos e sensoriais dos riscos atuais e materiais. No ciberespaço, esses estímulos podem estar ausentes, subjugados ou deliberadamente manipulados por terceiros antagônicos. As preocupações de segurança e privacidade que normalmente seriam ativadas no mundo off-line, portanto,

podem permanecer silenciadas, e os comportamentos de defesa podem ser dificultados, on-line.

Florenço (2016), corrobora com a ideia acima quando expõe que a informação pessoal tem se configurado como uma moeda de troca, que a partir dela surgem modelos de negócios conformando assim em um bem econômico. Nada é por acaso em se tratando do comércio. Muitas empresas se utilizam de dados pessoais dos consumidores para analisar o comportamento quanto a suas escolhas, adentrando na intimidade de forma indireta, é o que se extrai do citado autor quando analisa a publicidade comportamental.

O legislador constituinte originário se preocupou, durante a elaboração da Carta Constitucional de 1988, em estabelecer diversas formas de princípios fundamentais, a fim de edificar o Estado Democrático de Direito. E como fundamento está a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Ademais, a Magna Carta tem aspirações garantistas, e em seu título II, tratou de positivar os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito à intimidade e à vida privada, e a honra e imagem como componente das relações particulares, que completam a retidão moral do indivíduo, é o que se extrai do art. 5º, inciso X da CRFB de 1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Em seguida relaciona o inciso XI reforçando a proteção à intimidade e no inciso XII, a proteção à vida privada (BRASIL, 1988).

As informações de caráter pessoal devem ser o objeto a ser tutelado para evitar a transgressão ao direito fundamental da privacidade e intimidade. Pois segundo Andrade (2014) a vida privada é como se fosse um gênero composto pelo direito à intimidade o direito ao sigilo, expresso no art.5, XII, da CRFB/88.

A perda de privacidade está atingindo um nível catastrófico. De acordo com Theodore F. Claypoole, (apud ARMENDING, 2016) a tecnologia moderna não está somente erodindo sua privacidade. Como está corroendo o padrão legal da sua "expectativa razoável" ou seja, existe uma “morte ofegante da expectativa razoável de privacidade”.

Já para Fortes e Boff (2014) como malefícios tem-se a cultura do ego presente no contexto das redes sociais, com o excesso de exibição, renunciando o

direito fundamental da privacidade. Já para Mello (apud Lenza, 2015, p 1182) o posicionamento do STF é que “nenhum direito e garantia fundamental é absoluto” e que em hipóteses de conflito deve “ser feito o juízo de ponderação”.

O STF se posicionou relativizando a privacidade, no que diz respeito à quebra do sigilo bancário, determinando a “necessidade de autorização judicial” paratanto. Também deixou claro que é necessário demonstrar “a existência do requisito de causa provável” ou “de fundada suspeita” de “ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público” (LENZA, p.1182, 2015).

Ademais, Lenza (2015, p.1.183) acrescentou que o STF possibilitou da quebra do sigilo bancário pelo poder Judiciário e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, mas agora, com a responsabilidade pela manutenção do sigilo. Já a “Administração Tributária, Ministério Público e Polícia Judiciária” tem que solicitar autorização Judicial porque isso violaria a atual “expectativa razoável padrão”.

A nossa Carta Magna garante em seu art. 5º, XI, da CRFB/88 que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” Em se tratando da inviolabilidade da vida privada, o direito fundamental também é relativizado no que se refere ao seu domicílio, podendo entrar sem o consentimento do morador por determinação judicial durante o dia, em caso de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro (BRASIL,1988).

Para Claypoole (apud ARMERDING, 2016) com toda essa relativização da privacidade é possível acreditar que expectativa razoável de privacidade estará também morrendo. O que está fazendo isso mudar é a evolução da internet das coisas. Refere ainda ao sistemas de rastreamento pervasivo que coletam metadados georreferenciados.

Acredita Claypoole (apud ARMERDING, 2016) que estamos em um momento que nos são apresentados ou se desconsidera a privacidade se normatizar a condição de uso com legislação específica. Acrescenta mais que, o conceito de privado só caberia a determinados conteúdos previstos legalmente, e que o governo só poderia ter acesso mediante mandado.

O presidente e CEO da Associação Internacional de Profissionais de Privacidade (IAPP), J. Trevor Hughes (2016) diz que ciclicamente os rumores sobre o fim da privacidade é destaque. Segundo Hughes, “a privacidade está conjecturada

no DNA das pessoas e está constantemente sendo renegociada à medida que evoluímos na cultura e na tecnologia”, comenta (apud ARMERDING, 2016).

Ainda, seguindo as ideias de Hughes, “a privacidade deve ser tratada com legislação e padrões de conformidade, e o desenvolvimento de tecnologias já devem estar adequadas às políticas de privacidade” com barreiras e criptografias que o tornem seguros, ou seja, a “privacy by design” dos produtos, na IoT – Internet das coisas (HUGHES, 2016, apud ARMERDING 2016).

O que se extrai do entendimento de Armerding segundo argumentos apresentados por Hughes (2016) é que não se pode condenar a morte da privacidade, pois o que se apresenta é uma processo cíclico, em que a sociedade negocia um novo padrão de exposição.

2.2 DO REGISTRO ELETRÔNICO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA SAÚDE

Os estabelecimentos de saúde públicos e privados no Brasil estão mais presentes na internet, segundo Barbosa (2015) demonstrado pela pesquisa TIC Saúde/2015. Martorell, Nascimento e Garrafa (2015) corroboram com essa ideia ao afirmar que as aplicações de informática na área da saúde, tais como prontuário eletrônico do paciente, informatização e sistemas de saúde são uma realidade.

Em relação à política de informação na área da saúde, segundo Barbosa (2015), o desafio de maior significância é na forma do armazenamento eletrônico dos dados pessoais sensíveis do paciente, que incluem desde informações cadastrais que tem o maior índice até o registro de exames clínicos. E que no geral, os profissionais de saúde envolvidos, reconhecem a importância de adoção da tecnologia.

A Organização Mundial da Saúde - OMS e a União Internacional de Telecomunicações - UIT, (2012), recomendam a adoção de ferramentas de monitoração e avaliação, a fim de serem aplicados no programa do governo: e- Saúde.

A utilização da informática através dos sistemas eletrônicos em saúde também conhecido como *e-health* ou e-saúde, permite uma melhor atenção à saúde do paciente, das comunicações internas, com os registros digitais para uso da telemedicina e possibilitam meios de controle para os gestores da saúde, é o que se extrai dos estudos de Barbosa (2015); Carvalho (2015).

Segundo a pesquisa de Carvalho (2015), o *e-health* pode atuar de forma significativa na atenção e cuidados com os idosos e pessoas que estão em regiões remotas, incentivando a independência através de aplicativos que monitoram o estado de saúde.

Já alerta Faria e Cordeiro (2014) para os sinais de crise no direito da saúde e na bioética, que irá acontecer, no que cerne aos direitos à vida privada e à confidencialidade, por não se ter legislado nenhum instrumento legal a fim de proteger os dados sensíveis.

Martorell, Nascimento e Garrafa (2015) concordam que o Estado têm a responsabilidade pela proteção da privacidade através da criação de leis. Porém a ética e o sigilo profissional deve também ser monitorados pelas entidades de classe a fim de repreender condutas profissionais que violem a privacidade de pacientes fruto do mau uso de sistemas de saúde e redes sociais.

O tema vem sendo tratado timidamente pelas iniciativas da saúde públicas e privadas, e que determinados contextos contribuem para que hospitais e a assistência privada, por meio da informatização sem regramento, aumentem o risco para a quebra do sigilo (MARTORELL; NASCIMENTO; GARRAFA, 2015).

3 OS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, 7ª Conferência das Nações Unidas para proteção dos consumidores em Genebra, na Suíça, recentemente, no final de 2015, se posicionou sobre as novas diretrizes de proteção aos consumidores com a inclusão do tema da proteção de dados pessoais em sua relação com o mercado consumidor (BRASIL, 2015 a, b).

Além da proteção dos dados, inovou também ao tratar sobre o comércio eletrônico, serviços financeiros e turismo na nova diretriz aprovada com a participação ativa do Brasil através da secretaria nacional do consumidor do ministério da justiça - Senacon (BRASIL, 2015 b).

Desse modo, iremos focar neste estudo, a proteção jurídica aos dados pessoais e sensíveis, tendo como modelo a União Europeia. Já em relação os dados sensíveis na saúde, verificou-se o exemplo dos Estados Unidos.

3.1 DA TUTELA JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA EUROPA

Explica Florenço (2016) em seu estudo, que os Estados Unidos foram os pioneiros a tratar sobre a temática quando o artigo *The right of privacy* de Warren e Brandeis publicado na *Harvard Law Review* no ano de 1890, descreveu que a propriedade em sentido estrito, bem como a vida privada deve ser preservados como um bem intangível e que sua infração configuraria ilícito.

Porém, quase um século depois desse artigo americano, no ano de 1981, com a Convenção 108 que tratava sobre os processos automatizados envolvendo dados pessoais, o que mais tarde gerou a Diretiva de Proteção de Dados (DPD) nº 46 em 1995, configurando como a Europa o continente pioneiro a legislar a temática é o que se extrai das ideias de Florenço e Araujo et al (2016).

A Diretiva 46 de 1995 do Parlamento europeu e Conselho (2016) tem o seguinte objetivo: “visa harmonizar a defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares em relação às atividades de tratamento de dados e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros”.

Depois da diretiva europeia, a temática ganhou mais força quando foi incluída no Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UE) de 2000, desde então a proteção aos dados pessoais teve visibilidade como instrumento essencial à proteção da pessoa humana em outros ordenamentos jurídicos (FLORENÇO, 2016). O art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE de 2000 tratava da proteção de dados pessoais sensíveis, tem considerado que a proteção ao dado pessoal é um direito autônomo em relação à tutela da privacidade (FLORENÇO, 2016).

O Parlamento Europeu (2016), conceituou a importância da proteção de dados pessoais bem como o citou como direito fundamental, levando-se em consideração a ponderação com outros direitos conforme o texto que se segue:

[...] proteger dados significa proteger as pessoas a que se referem as informações tratadas e que essa proteção constitui um dos direitos fundamentais reconhecidos pela União (artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais e artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia); ... a proteção dos dados pessoais, o respeito pela vida privada e pelas comunicações, o direito à segurança, o direito de receber e transmitir informações e a liberdade de criar e gerir empresas são direitos fundamentais que devem ser respeitados e contrabalançados (VOSS et al, 2016).

Para o Parlamento europeu e conselho (2016) confirmou que a normativa alcança também aos cidadãos estrangeiros já que o respeito a norma independe da nacionalidade ou domicílio do proprietário dos dados e tem os seguintes objetivos:

O presente regulamento tem como objetivo contribuir para a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça e de uma união económica, para o progresso económico e social, a consolidação e a convergência das economias a nível do mercado interno e para o bem-estar das pessoas singulares (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 2016).

Segundo o manual escrito pela agência dos direitos fundamentais da união europeia, Conselho da Europa e Tribunal europeu dos direitos do homem (2014), seguem alguns pontos importantes da normatização existente:

[...] permitem que o direito interno estabeleça regimes jurídicos aplicáveis aos fluxos transfronteiriços de dados para países terceiros que não assegurem um nível adequado de proteção de dados, desde que o responsável pelo tratamento tenha adotado medidas especiais para assegurar a existência de garantias adequadas em matéria de proteção de dados no destinatário e possa provar este facto à autoridade competente.

Para o Parlamento Europeu e Conselho (2016) existiram algumas disparidades que enfraqueceram a aplicação da Diretiva 46, inclusive com a possibilidade de serem obstáculos a livre circulação de dados pessoais, são elas:

[...] fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrônica. As diferenças no nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção dos dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Essas diferenças podem, por conseguinte, constituir um obstáculo ao exercício das atividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União.

Em relação aos aspectos de proteção dos dados sensíveis no âmbito da saúde, Carvalho (2015) em sua pesquisa, atenta para um aspecto importante a ser avaliado relacionado às preocupações legais referente a execução do sistema *e-health*, orientando quanto a implementação da informatização em saúde em ambiente

clínico adequado, com a promoção ao uso e gestão conciente.

Carvalho (2015) esclarece também que apesar do *e-health* ser um facilitador de desenvolvimento econômico e social na União Europeia, deve-se ter uma maior clareza jurídica, harmonização de leis relacionadas, e ações políticas especificamente para o *e-health*. Principalmente sobre as questões jurídico-legais relacionadas com os direitos dos pacientes e a responsabilidade civil médica.

O direito europeu de proteção de dados traz ferramentas que podem ajudar a abrigar legalmente os direitos dos pacientes à privacidade e à inviolabilidade dos seus dados (FARIA; CORDEIRO, 2014). Em outras palavras, “os sites europeus, desde 2012, têm sido obrigados por lei a obter o "consentimento informado" dos visitantes antes de definir um cookie, o que normalmente significa que há um aviso na página [...] (KUGLER, 2015).

Apesar disso, se faz necessário a construção de um novo olhar jurídico-operacional sobre os futuros cenários que tanto a medicina associada aos meios tecnológicos quanto a genética irão apresentar (FARIA; CORDEIRO, 2014).

Vinte e um anos após a Diretiva 46 de 1995, o Parlamento europeu e o Conselho da União Europeia em abril de 2016 revogou a Diretiva com a publicação do Regulamento (UE) 679 de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 2016).

Desta forma, o novo regulamento 679 de 2016 passa a assegurar de forma coerente a proteção, eliminando os obstáculos da circulação dos dados pessoais a nível da UE, a partir da abertura que o regulamento oferece para que seus estados-membros possam especificar disposições mais específicas como os dados sensíveis (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 2016).

Como objeto e objetivos o novo regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, defendendo os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares e a livre circulação desses dados pessoais no interior da União (PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, 2016).

3.2 DA TUTELA JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NOS EUA

Recentemente, no final do ano de 2016, os Estados Unidos da América – EUA retomaram as iniciativas de regulamentação sobre a temática, conforme extrai-se a seguir:

Reconhece e congratula-se com as recentes iniciativas tomadas pela Administração dos EUA e pelo Congresso dos EUA, como o projeto de lei sobre a privacidade do correio eletrônico (*Email Privacy Bill*) adotado por unanimidade pela Câmara dos Representantes, em abril de 2016, e que altera a Lei da privacidade das comunicações eletrônicas de 1986 (*Electronic Communications Privacy Act–ECPA*), bem como a adoção pela Câmara dos Representantes, em janeiro de 2016, e pelo Senado, em março de 2016, da Lei sobre a melhoria da liberdade de informação (*Freedom of Information Improvement Act – FOIA*) (PARLAMENTO EUROPEU, 2016).

Em 2016, ainda durante o Governo de Barack Obama, nos Estados Unidos da América, foi sancionada a legislação sobre a proteção aos dados em nuvem, 81 Fed.Reg. 87274 de 02 de Dezembro de 2016, representando grande avanço a nível internacional (FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, 2016).

Mas, em março de 2017, a lei foi revogada por Donald Trump e a partir de então os registros foram publicados no endereço eletrônico da Casa Branca – The White House (2017), pelo gabinete do Secretário de Imprensa, na S. J. Res. 34: fala sobre essa revogação, esclarecendo o seguinte:

S.J.Res. 34 - Reprovando a regra da Comissão Federal de Comunicações sobre a Privacidade dos Clientes de Serviços de Banda Larga (Senador Flake, R-AZ e 24 co-patrocinadores) A administração apóia firmemente a passagem de S.J.Res da casa. 34, o que anularia a regra final da Comissão Federal de Comunicações intitulada "Protegendo a privacidade dos clientes de serviços de banda larga e outras telecomunicações", 81 Fed. Reg. 87274 (2 de Dezembro de 2016). A regra aplica os requisitos de privacidade da Lei de Comunicações de 1934 aos Provedores de Serviços de Internet de banda larga (*ISPs*) e outras operadoras de telecomunicações.

Acrescenta ainda, as regras de consentimento, conforme a seguir:

Em particular, a regra exige que os *ISPs* obtenham o consentimento afirmativo dos consumidores para usar e compartilhar certas informações, incluindo o uso de aplicativos e o histórico de navegação na web. Ele também permite que os *ISPs* usem e compartilhem outras informações, incluindo endereços de e-mail e informações de nível de serviço, a menos que um cliente "opte por sair". Ao fazê-lo, a regra parte do quadro tecnológico neutro para a privacidade online administrado pela Federal Trade Commission. Isso

resulta em regras que aplicam regimes regulatórios muito diferentes com base na identidade do ator online. (THE WHITE HOUSE, 2017).

Segundo Dinan (2017), de acordo com as regras privacidade, os provedores de internet só poderiam vender as informações de clientes para terceiros mediante a solicitação do consentimento de seus clientes. Depois da revogação, os clientes continuam tendo que consentir, mas agora explicitamente.

Nos EUA, por exemplo, muitos navegadores da Web permitem que os usuários habilitem uma opção "não acompanhar" que informa aos anunciantes que não devem definir os cookies pelos quais esses anunciantes monitoram seu uso da Web. O *compliance* é voluntário, no entanto, em muitas partes têm se recusado a fazê-lo (KUGLER, 2015).

Mas, independentemente da incerteza da normatização nos EUA, este país especificou sua norma em relação à proteção dos dados pessoais considerados sensíveis no âmbito da saúde (ALDER; KELEHER, 2015).

A lei de portabilidade e responsabilidade do seguro de saúde de 1996 - *Health Insurance Portability and Accountability Act* ou HIPAA, regulados pelo Departamento de Saúde dos EUA e Escritório de Serviços Humanos para Direitos Civis, que tem por objetivo regular, controlar e melhorar a segurança, a eficiência e a eficácia do sistema de saúde nos Estados Unidos da América (ALDER; KELEHER, 2015).

Antes da HIPAA, não existia padrão de segurança ou requisitos gerais que viessem a tutelar informações pessoais de pacientes no setor da saúde. Em atenção ao avanço tecnológico, o Secretário do Departamento de Saúde e Serviços Humanos (*US Department of Health and Human Services - HHS*) dos EUA despertou o desenvolvimento de regulamentos que protegessem a privacidade e a segurança de informações sensíveis de saúde. Em 1996, a lei foi sancionada pelo Presidente Clinton a fim de cumprir tal objetivo. (ALDER; KELEHER, 2015).

A estrutura da HIPAA¹ (1996), foi dividida em duas partes, a seguir identificadas: "Do título I: do acesso, portabilidade e renovabilidade dos cuidados de saúde": Já o título II trata da "prevenção à fraude e ao abuso dos cuidados de saúde; da simplificação administrativa; da reforma da responsabilidade Médica":

Que inclui provisões para a privacidade e a segurança das informações sensíveis dos usuários de serviços de saúde, especifica padrões eletrônicos para a

transmissão de informações de saúde e passa a requerer identificadores exclusivos para os Planos e Seguros de Saúde (HIPAA, 1996).

Segundo o departamento de saúde e serviços humanos dos EUA, citado pela *American Medical Association - AMA* (2017), a regra de privacidade da HIPAA estabelece padrões nacionais para proteger os prontuários e informações pessoais de saúde e é aplicado no âmbito da saúde no que cerne aos planos, centros, prestadores de serviços e telemedicina.

A regra determina normas de segurança, estabelece limites e condições sobre a acessibilidade de tais informações, cópias de registros, correções, e a proibição da divulgação destes dados sem a consentimento expresso do paciente (AMA, 2017).

Os regulamentos da HIPAA listam dezoito identificadores pessoais diferentes, explicita Alder e Keleher (2015), e que, quando ligados entre si, são classificados como informações de saúde protegidas, vejamos:

Nomes; Todos os dados geográficos do paciente; Datas (diferentes do ano) diretamente relacionadas a um indivíduo; Números de telefone; Números de fax; Endereços de e-mail; Números de Identidade (*US Social Security*); Números de registro médico; Números de beneficiários do plano de seguro de saúde; Números de conta; Números de certificado / licença; Identificadores de veículos e números de série, incluindo placas de matrícula; Identificadores de dispositivos e números de série; Endereços eletrônicos; Endereços de protocolo Internet (IP); Identificadores biométricos (isto é, varredura retiniana, impressões digitais, etc.); Fotografias completas e imagens comparáveis; Qualquer número de identificação único, característica ou código.

De acordo com a HIPAA¹ (1996) e HHS (2017) o escritório de serviços humanos para direitos civis (*Office for Civil Rights - OCR*) do departamento de saúde e serviços humanos dos EUA é quem regula a HIPAA.

E, segundo a *American Medical Association - AMA* (2017), o departamento aplica as regras de privacidade e segurança de várias maneiras: seja investigando ou seja, fiscalizando, e também promovendo o cumprimento das regras. Em caso de descumprimento das regras de privacidade e segurança, o departamento tentará resolver o caso com ação corretiva ou com um acordo de resolução.

As responsabilidades civis vão da imposição de sanção até a aplicação de

¹ Lei de portabilidade e responsabilidade do seguro de saúde de 1996, dos Estados Unidos da América.

multa à entidade envolvida, a serem aplicadas pelo secretário do Departamento de Saúde, com base no nível de gravidade, extensão e natureza da violação e dano decorrente, com prazo de 30 dias para correção (AMA, 2017; HIPAA, 1996).

As responsabilidades criminais são tratadas pelo Departamento de Justiça dos EUA. E semelhante ao que acontece com as sanções civis HIPAA, existem também o nível de gravidade dessas violações (AMA, 2017; HIPAA, 1996).

As entidades e os indivíduos que infringirem a norma HIPAA podem enfrentar uma multa de até US\$ 50.000, com pena de prisão de até 1 ano. A multa pode ser majorada para até US\$ 100.000, com até 5 anos de prisão se as faltas forem cometidas sob falsos pretextos (HIPAA, 1996).

Em caso de violação da HIPAA para comercializar dados sensíveis de saúde, ganho pessoal ou dano malicioso, as multas sobem para US\$ 250.000 cominadas com prisão de até 10 anos (AMA, 2017; HIPAA, 1996).

4 DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL

É possível encontrar na legislação brasileira a matéria referente a proteção de dados, com uma abordagem tímida e abrangente, onde se instituiu como direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e vida privada, em seu artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988).

O remédio constitucional apto para regular o acesso à informações relacionados a pessoa em entidades públicas é o *Habeas Data*, previsto no artigo 5º, inciso LXXII, CRFB (BRASIL, 1988).

O Código Civil Brasileiro também faz menção à privacidade em seu artigo 21, e sobre o consentimento expresso de informações nos termos do art. 20 do CC, mas não aborda aspectos específicos de dados pessoais sensíveis (BRASIL, 2002). Já o Código Penal trata da “violação do segredo profissional” em seu artigo 153 a 154-B (BRASIL, 1940).

O Supremo Tribunal Federal - STF (2016), na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4815, referente a produção de biografias, proferiu em acórdão, DJ 01.02.2016, a seguinte decisão:

[...] por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) (BRASIL. STF, 2016).

Outra norma infraconstitucional recai sobre a lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011) que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas, com a proteção razoável aos dados pessoais, inclusive os sensíveis, obtidos no âmbito da administração pública direta e indireta, protegendo o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, 2011).

Mas como exposto, a Lei de acesso à informação não subordina as relações privadas, conforme art. 1º da referida lei. Não significa que a lei de acesso a informação tenha deixado de dar a proteção razoável aos dados sensíveis. Sim, a lei o fez, mas, na esfera da administração pública. Deixando aí a lacuna legislativa nas relações entre particulares e do agente violador (BRASIL, 2011).

Esses dados pessoais na rede passaram a merecer melhor atenção do judiciário após o episódio de exposição de fotografias íntimas, impulsionando o Legislativo brasileiro a iniciar os trabalhos sobre essa temática com a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737/2012) que instituiu a tipificação criminal de delitos informáticos (BRASIL, 2012).

A Lei n 12.965/2014, sancionada pela presidente Dilma Rousseff, veio para atender um dos aspectos necessários à proteção dos dados pessoais, que é aquele que cuida dos padrões tecnológicos das redes e dos servidores de internet. Promovendo as sanções aos provedores de internet que por não atender a mandado judicial, causam prejuízos ao usuário em sua privacidade (BRASIL, 2014).

Como se nota, a Lei nº 12.965/14 confere destaque à garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações, estabelecendo a inviolabilidade da intimidade e da vida privada dos usuários, do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas. Tais comunicações deverão ser mantidas em sigilo, ressalvada a prolação de ordem judicial em contrário (BRASIL, STF, 2016).

Ademais, para Tomasevicius (2016), a lei têm em seu bojo a previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários de internet, e também as diretrizes previstas para o Estado, sendo referência internacional sobre a responsabilidade dos provedores de internet.

Sua promulgação aconteceu em um momento importante, pois as demais normas jurídicas como a Constituição Federal, o Código Civil e o Código Penal eram adaptadas à nova realidade social proveniente da utilização dos meios sociais tecnológicos (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

No artigo 11 da Lei n 12.965/2014, dispõe sobre responsabilidade civil dos provedores de conexão e de aplicações de internet brasileiros:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros (BRASIL, STF, 2016).

Já o dispositivo 12, prevê as sanções cabíveis aos provedores de conexão e de aplicações de internet que violem à privacidade, à proteção dos dados pessoais e o sigilo dos usuários e não abrange o trânsito dos dados para o estrangeiro. (BRASIL, STF, 2016).

A tutela trazida pelo marco civil da Internet está relacionada com a responsabilização civil do provedor de acesso à internet quando intimado a retirar um conteúdo de material infringente a direito da privacidade de outrem e não o faz em tempo hábil indicado pela Justiça (JALOWITZKI, 2016).

Para Tomasevicius Filho (2016), o Brasil deveria se preocupar com proposições de leis mais "uniformes ou Convenção Internacional sobre o uso da internet", que realmente protegesse os usuários e inspirasse legislar sobre a temática". Desta forma, a lei aprovada cumpriu de forma basilar, sendo ainda insuficiente e ou deficiente diante das possibilidades de violações da privacidade.

De acordo com estudos de Tomasevicius Filho (2016) o Brasil regulou lei ordinária que trata da responsabilização civil dos provedores de internet, mas não o fez referente a tutela específica dos dados pessoais, estando atrasado, não se

enquadrando ao padrão europeu. Contudo, foi a base normativa da estruturação que o Brasil está por desenvolver, agora, relacionada a tutela do dados pessoais.

Depois da consulta pública realizada por intermédio do Ministério da Justiça o Brasil, por meio da iniciativa parlamentar, vem tratando do assunto. Trata-se do Projeto de Lei (PL) nº.4060/2012 em trâmite na Câmara dos Deputados (2017), responsabilizando diretamente o indivíduo que causar dano ao usuário detentor dos dados infringidos e têm como modelo o da União Europeia.

No que se refere à atividade legislativa sobre a temática pode-se verificar uma grande árvore de apensados e ao Projetos de Lei (PL), nas atividades entre 2012 a 2017. O PL 4060/12 que "dispõe sobre o tratamento de dados pessoais", têm apensado o PL n.5276/16 que "dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural" e o PL n.6291/16 que propõe a "alteração da Lei nº 12.965/14" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As referências coletadas foram selecionadas seguindo a abordagem quantitativa-exploratória e utilizou-se o método dedutivo. A análise da literatura permitiu identificar a visão de alguns pesquisadores sobre o tema e agrupá-los de acordo com a semelhança do conteúdo relacionado. Logo, distribuiu-se em títulos dos quais descreve-se considerações finais, porém, não exaustivas, a seguir:

De acordo com a análise do panorama geral da era da informação, verificou-se que a problemática em relação à evolução tecnológica e do capitalismo da informação, necessita do acompanhamento da legislação do país sobre a proteção jurídica aos dados pessoais sensíveis, a fim de que a falta da norma não venha provocar insegurança jurídica, em relação à privacidade dos dados sensíveis.

A legislação brasileira sobre a proteção aos dados pessoais, mesmo diante da garantia constitucional à privacidade, é insuficiente, à medida que não acompanha os novos direitos envolvidos e a formação dos novos paradigmas frente a evolução tecnológica. No setor da saúde, por exemplo, o registro eletrônico de dados pessoais sensíveis é mais alarmante, haja vista que existem dados pessoais sensíveis de grande interesses por particulares, empresas e ciber criminosos. Logo, necessita-se

de maior segurança jurídica em relação à tutela dos dados pessoais sensíveis da área da saúde.

No que cerne a tutela jurídica dos dados pessoais sensíveis nos EUA, tem-se os parâmetros normativos sobre a temática direcionada ao âmbito da Saúde, que é a abordagem da HIPAA. Este modelo, pouco estudado no Brasil, deveria ser pesquisado para o desenvolvimento de uma legislação brasileira direcionada, em que os dispositivos e sistemas web que proporcionem o armazenamento de dados pessoais sensíveis estejam em conformidade.

Sobre o enfoque da tutela jurídica dos dados pessoais sensíveis na União europeia, cumpre-se que foram pioneiros ao tratar sobre a temática, e que frente a evolução tecnológica, passou por uma recente atualização com o regimento 679/16. A produção legislativa brasileira com este parâmetro, facilitaria o estreitamento da relação com a união europeia.

No que tange à tutela dos dados pessoais sensíveis no Brasil, faz-se necessário uma legislação uniforme, específica, de abrangência nacional, que alcance os particulares, que especifique o tratamento dos dados sensíveis na saúde e que possibilite, através de acordos, a transferência dos dados para o âmbito internacional. O marco civil da internet foi importante, mas seu enfoque não foi a responsabilização do autor do crime no ciberespaço, mas sim do provedores de internet.

O projeto de lei em tramitação na Câmara dos deputados não deve limitar o marketing, a publicidade ou a iniciativa privada. Ademais, seria oportuno que se estabelecesse critérios direcionados à manipulação de dados sensíveis voltados à saúde.

Desta forma, um projeto de lei que unificasse a temática, teria característica de uma legislação específica, que realmente viesse a ter ânimo de um marco regulatório que pudesse ser utilizado como parâmetro internacional, sem contudo, deixar de lado sua função preventiva e repressiva, a fim de evitar o abuso e violação ao princípio constitucional da inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI. Alessandro. **On the Roots of Privacy Concerns**. Security and privacy

institute - Cylab. Carnegie Mellon University. March 23, 2015. Disponível em: https://www.cylab.cmu.edu/news_events/events/2015/e_acquisti_3_23_15.html. Acesso em: 17 maio 2017.

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA, CONSELHO DA EUROPA, TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Manual de legislação europeia sobre proteção de dados**. 2014. p.148. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJ17P8sYbUAhXE8CYKHc_IC_IQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Ffra.europa.eu%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ffra-2014-handbook-data-protection-pt.pdf&usq=AFQjCNGrDKX0fLuBbmknIEnfgfpDxyhWA. Acesso em: 15 maio 2016.

ALDER, Steve, KELEHER, Andrew. HIPAA Compliance Guide. HIPAA Journal.com. **How to make your organization compliant with the Health Insurance Portability and Accountability Act Privacy, Security and Breach Notification Rules (2015)**. Disponível em: <http://www.hipaajournal.com/wp-content/uploads/2015/05/HIPAA-Journal-com-HIPAA-Compliance-Guide.pdf>. Acesso em: 06 maio 2017.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION - AMA. **HIPAA Violations & Enforcement**. Copyright 1995 – 2017. Disponível em: <https://www.ama-assn.org/practice-management/hipaa-violations-enforcement>. Acesso em: 06 maio 2017.

ANDRADE, Agueda Cristina Galvão Paes de. Apontamentos sobre a proteção dos direitos de intimidade, honra e imagem na Constituição Federal. nov 2014.

Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,apontamentos-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-intimidade-honra-e-imagem-na-constituicao-federal,50702.html>. Acesso em: 01 maio 2017.

ARAUJO, Alexandra Rodrigues; LUCENA, Tiago Franklin Rodrigues; BORTOLOZZI, Flávio. GONÇALVES, Silene Maria. Saúde Móvel: desafios globais à proteção de dados pessoais sob a perspectiva do direito da União Europeia. **RECIIS - Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde**. 2016 out.-dez.; 10(4) | [www.reciis.icict.fiocruz.br] e-ISSN 1981-6278. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/viewFile/1125/pdf1125>. Acesso em: 06 fev. 2017.

BARBOSA, Alexandre F. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos estabelecimentos de saúde brasileiros [livro eletrônico]: **TIC Saúde2015** = Survey on the use of information and communication technologies in brazilian health care facilities: ICT in Health 2015 / [coordenação /coordination Alexandre F. Barbosa]. - São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

BARBOSA, Alexandre F. Cresce o número de estabelecimentos de saúde com website e perfis em redes sociais. **TIC Saúde 2015**. Disponível em: <http://cetic.br/noticia/cresce-o-numero-de-estabelecimentos-de-saude-com-website-e-perfis-em-redes-sociais/>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 16 maio 2017

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Lei de acesso à informação. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 16 maio 2017

BRASIL. **Lei N. 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Brasília: Imprensa Nacional. Diário Oficial da União. CXLIX (232). 1 páginas. 3 de dezembro de 2012. ISSN 1677-7042. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=03/12/2012>. Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL. **Lei n 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco civil da internet. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 06 maio 2017.

BRASIL. Ciência e Tecnologia. Portal Brasil. Pesquisa revela que mais de 100 milhões de brasileiros acessam a internet. (2016) Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI (M/L) n.4815**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Acórdão, DJ 01.02.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=privacidade&processo=4815>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.5527 DF** - Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 20 de junho 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/agu-marco-civil-internet.pdf>. Acesso em 17 maio 2017.

BRASIL. **ONU aprova novas diretrizes para proteção a consumidores**. (2015a) Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/onu-aprova-no-vas-diretrizes-para-protecao-a-consumidores>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. **Na ONU, Ministério da justiça reforça medidas para proteção dos consumi-dores**. (2015b) Ministério da justiça e segurança pública. Governo Federal. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/onu-aprova-novas-diretrizes-para-protecao-a-consumidores>. Acesso em: 15 maio 2017.

CLAYPOOLE, Theodore F. apud ARMERDING, Taylor. Privacy: Is it dead or just being renegotiated? **CSO** online from IDG. Mar 4, 2016 PT Conference RSA 2016. Disponível em: <http://www.csoonline.com/article/3041060/security/privacy-is-it-dead-or-just-being-renegotiated.html>. Acesso em: 01 maio 2017.

COUTO, Edvaldo Souza. Pedagogias das conexões: compartilhar conhecimentos e construir subjetividades nas redes sociais digitais. In: PORTO, C., and SANTOS, E., orgs. Facebook e educação: publicar, curtir, compartilhar [online]. Campina Grande: **EDUEPB**, 2014, pp. 47-65. ISBN 978-85-7879-283-1. Available from SciELO Books. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/c3h5q/pdf/porto-9788578792831-04.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro. A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 109-128, jun. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p109>. Acesso em: 01 maio 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Tramitação do Projeto de Lei PL 4060/2012**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?IdProposicao=548066&ord=1>. Acesso em: 07 maio 2017.

CARVALHO, Cândida. E-HEALTH: A importância e as vantagens para os mais idosos. ISSN 2362 - 6526 **AGUSVINNUS** N°2 - Maio 2015. Disponível em: <http://agusvinnus.prodiversitas.org/revistas/Carvalho2.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017.

DINAN, Stephen. Trump to sign bill rolling back internet privacy protections. **The Washington Times**. mar 28, 2017. Disponível em: <http://www.washingtontimes.com/news/2017/mar/28/trump-bill-roll-back-internet-privacy-protections/>. Acesso em: 07 maio 2017.

FARIA, Paula Lobato de; CORDEIRO, João Valente. Health data privacy and confidentiality rights: Crisis or redemption? Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa and CESNOVA - Centro de Estudos de Sociologia da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal. nov. 2014 **Revista portuguesa de saúde pública** [0870-9025] de Faria, Paula yr:2014 vol:32 iss:2 pg:123 -133. Disponível em: http://ac-els-cdn-com.ez1.periodicos.capes.gov.br/S0870902514000352/1-s2.0-S0870902514000352-main.pdf?tid=45061b1c-2e70-11e7-a416-0000aab0f01&acdnat=1493644718_50bc0473da3a0e418d322428c2df6eab. Acesso em: 01 maio 2017.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. A Rule 81 Fed. Reg. 87274. **Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services**. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2016/12/02/2016-28006/protecting-the-privacy-of-customers-of-broad-band-and-other-telecommunications-services>. Acesso em: 12 maio 2017.

FLORENÇO, Larissa Britto. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo como um direito fundamental: perspectivas de um marco regulatório para o Brasil. **Revista da ESMESC**, v.23, n.29, p. 165-182, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v23i29.p165>. Acesso em: 15 maio 2017.

GUBBI, Jayavardhana; BUYYA, Rajkumar; MARUSIC, Slaven; ALANISWAMI, Marimuthu. Internet of Things (IoT): A vision, architectural elements, and future directions. Original Research Article. Pages 1645-1660. **Future Generation Computer Systems**, Volume 29, Issue 7, September 2013. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167739X13000241>. Acesso em: 22 abr. 2017.

HEALTH INSURANCE PORTABILITY AND ACCOUNTABILITY - **HIPAA** - ACT OF 1996. PUBLIC LAW 104-191—AUG. 21, 1996. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ191/pdf/PLAW-104publ191.pdf>. Acesso em: 06 maio 2017.

HHS.gov - U.S. Department of Health & Human Services. Health Information Privacy. HIPAA for professionals. **Summary of the HIPAA Security Rule**. Disponível em: <https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/security/laws-regulations/>. Acesso em: 06 maio 2017.

HUGHES, J. Trevor apud ARMERDING, Taylor. Privacy: Is it dead or just being renegotiated? **CSO** from IDG. Mar 4, 2016 PT Conference RSA 2016. Disponível em: <http://www.csoonline.com/article/3041060/security/privacy-is-it-dead-or-just-being-renegotiated.html>. Acesso em: 01 maio 2017.

JALOWITZKI, Jessica. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet por atos de terceiros**: o procedimento de notice and takedown no ordenamento brasileiro. TCC. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/jessica_jalowitzki_2016_2.pdf. Acesso em: 09 maio 2017.

KUGLER, Logan. **Online Privacy**: Regional Differences. Communications of the ACM, Vol. 58 No. 2, Pages 18-20 -10.1145/2693474. News (2015) Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2015/2/182638-online-privacy/abstract>. Acesso em 17 maio 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTORELL, Leandro Brambilla Martorell; NASCIMENTO, Wanderson Flor do; GARRAFA, Volnei. **Redes sociais, privacidade, confidencialidade e ética**: a exposição de imagens de pacientes no facebook. DOI: 10.1590/1807-57622014.0902. Interface. Comunicação, saúde, educação. Disponível em: <http://www.scielo.sp.org/pdf/icse/2015nahead/1807-5762-icse-1807-576220140902.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS E UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – UIT. National eHealth Strategy Toolkit. Genebra: WHO and ITU, 2012. Disponível em: https://www.itu.int/dms_pub/itu-d/opb/str/D-STR-E_HEALTH.05-2012-PDF-E.pdf. Acesso em: 05 maio 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 26 de maio de 2016, sobre a transferência transatlântica de dados (2016/2727(RSP)) Textos aprovados. P8_TA (2016) 0233. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/>

sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0233&language=PT&ring=B8-2016-0623. Acesso em: 07 de maio 2017.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 679, de 27 de abril de 2016. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em: 15 maio 2017.

THE WHITE HOUSE. Office of the Press Secretary. **S.J.Res. 34** – Disapproving the Federal Communications Commission’s Rule on Privacy of Customers of Broadband Services. (Sen. Flake, R-AZ, and 24 cosponsors). President Donald J. Trump. Office of the Press Secretary. mar 28, 2017. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/03/28/statement-administration-policy-sjres-34-%E2%80%93-disapproving-federal>. Acesso em: 07 maio 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco civil da internet:** uma lei sem conteúdo normativo. Estud. av., São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, Apr. 2016.

Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 07 maio 2017.

VOSS, Axel; HOLMEIER, Monika; BONI, Michał; METSOLA, Roberta; PONS, Esteban González ; BILDT, Anna Maria Corazza, em nome do Grupo PPE.

PARLAMENTO EUROPEU 2014-2019. Proposta de Resolução do Parlamento Europeu sobre a transferência transatlântica de dados. [2016/2727 (RSP)] Documento de sessão. B8-0623/2016-19.05.2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0623+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 07 de maio 2017.

INCAPACIDADE CIVIL: DA DISCRIMINAÇÃO À ACEITAÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS RELATIVAMENTE INCAPAZES À LUZ DO ART. 4º INCISO III CÓDIGO CIVIL E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

CIVIL DISABILITY: FROM DISCRIMINATION TO THE SOCIAL ACCEPTANCE OF RELATIVELY INCAPABLE PEOPLE IN THE LIGHT OF ART. 4º SECTION III CIVIL CODE AND THE STATUTE OF THE DISABLED PERSON

ELIZABETE GOMES DA SILVA*

LUCIANA DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI BRITO**

RESUMO

Este trabalho trata da incapacidade civil tendo como foco de sua abordagem aspectos denotadores de discriminação com o intento de demonstrar repúdio à situação dos deficientes relativamente incapazes com relação às barreiras da comunicação, falta de aceitação, apoio e solidariedade para com aquelas pessoas que são sujeitos de direito, e por motivos diversificados tornaram-se incapazes de maneira relativa, diante de uma sociedade injusta e preconceituosa que deveria protegê-los como cidadãos diante da negação desses direitos. A pesquisa revela que, algumas vezes não só eles, mas também seus familiares se sentem diferenciados, humilhados, discriminados por essa sociedade que ainda não aprendeu lidar com as diferenças. No seu delineamento metodológico, a pesquisa possui natureza descritiva, conduzida sob a forma de a pesquisa bibliográfica e documental que consistiu no exame do material escrito sobre o que já se produziu sobre o tema de investigação, tendo ainda sido aplicado o método dedutivo para a apreciação sobre a legislação que trata dos direitos da pessoa deficiente, dos relativamente incapazes, da capacidade civil, da responsabilidade de família, da sociedade e do poder público em prestar a assistência prevista na legislação constitucional e infraconstitucional pátria. O estudo conclui que para diminuir esses efeitos discriminatórios torna-se necessário, sob o prisma jurídico-social, o cumprimento da legislação para que não falte o necessário aos cidadãos deficientes e aos relativamente incapazes para que estes possam ter direito a uma vida digna, bem como que ocorra o aprimoramento das políticas públicas para sanar os problemas estruturais encontrados na maioria das cidades brasileiras e que funcionam como barreiras à sua aceitação social.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos dos Deficientes Relativamente Incapazes. Capacidade Civil. Responsabilidade da Família, da Sociedade e do Poder Público.

* Licenciada em Estudos Sociais pela Universidade Estadual da Paraíba. Especialista em Gestão Estratégica e Segurança Pública pela Universidade Estadual da Paraíba. Atualmente é Escrivã de Polícia Civil da Secretaria de Estado da Segurança e da Defesa Social. Tem experiência na área de Psicologia, com ênfase em Mediação e Conciliação. Concluinte do Curso de Bacharelado em direito da Fesp Faculdades, semestre 2017.1. Email: bettycruz22@gmail.com.

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentina – UMSA; Advogada e professora universitária. Atuou como orientadora desse TCC. E-mail: lu.cavalcantibrito@gmail.com.

ABSTRACT

This paper deals with civil incapacity, focusing on aspects of denial of discrimination in order to demonstrate a repudiation of the situation of the relatively incompetent disabled in relation to communication barriers, lack of acceptance, support and solidarity towards those people who are subject to Right, and for diversified reasons became relatively incapable, before an unjust and prejudiced society that should protect them as citizens before the denial of these rights. The research reveals that sometimes not only them, but also their family members feel differentiated, humiliated, discriminated against by this society that has not yet learned to deal with the differences. In its methodological design, the research is descriptive in nature, conducted in the form of bibliographical and documentary research, which consisted of examining written material on what has already been produced on the subject of research, and the deductive method was applied for the evaluation On legislation that deals with the rights of the disabled, the relatively incompetent, the civil capacity, the responsibility of the family, the society and the public power to provide the assistance provided for in constitutional and infraconstitutional legislation. The study concludes that in order to reduce these discriminatory effects, it is necessary, under a legal and social perspective, to comply with legislation so that disabled citizens and those who are relatively incompetent are entitled to a dignified life As well as the improvement of public policies to address the structural problems encountered in most Brazilian cities and that act as barriers to their social acceptance.

KEYWORDS: Disability Rights. Civil Capacity. Responsibility of the Family, Society and Public Power.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A motivação para a realização do estudo da temática tratada no presente trabalho é pessoal e nasceu a partir da constatação de que o Brasil é um país que possui em suas estatísticas, um número considerável de pessoas relativamente incapazes. Para melhor situar o assunto é importante esclarecer que, de conformidade com a Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que Instituiu o Código Civil em seu Art. 4º “são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] III aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (BRASIL, 2002).

O problema eleito para servir de busca nessa pesquisa consiste no entendimento da seguinte questão: em que contexto jurídico-social as pessoas portadoras de necessidades especiais relativamente incapazes devem ser inseridas, ou seja, qual a estrutura normativa que lhes foi destinada visando evitar que sofram discriminação no atendimento de seus direitos fundamentais? A hipótese norteadora

do referido estudo está contida no direito a uma vida digna, à inclusão social e aos regramentos expressos Na Constituição Federal, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Empiricamente se observa que os danos emocionais, sociais e econômicos causados a esses seres tão especiais, são excessivamente altos, quando em alguns casos, estes sentem-se vítimas de uma sociedade que não aprendeu aceitar as diferenças, e em consequência representam um elevado custo para a sociedade, devendo-se ainda considerar de forma muito significativa o sofrimento e a perda na qualidade de vida dessas pessoas e de seus familiares, aspecto que denota a relevância da abordagem trazida à tona por esse estudo.

Apesar da consciência e da capacidade de raciocínio do ser humano em relação a ser um ser mortal, nem todos se pautam por essa ideia, muitas vezes apresentando comportamentos inadequados no que diz respeito à atenção, ao diálogo, apoio, até mesmo um simples gesto de amor fraternal para com os portadores de necessidades especiais, particularmente para com aqueles considerados relativamente incapazes.

São muitos os exemplos e das mais variadas origens. Uma consequência bastante grave em relação a esse fato é no tocante aos efeitos psicológicos, causados pela discriminação, ponto central para o desenvolvimento da abordagem deste trabalho cujo objetivo é de descrever o instituto jurídico da incapacidade civil traçando um quadro envolvendo a discriminação e à aceitação social das pessoas relativamente incapazes, à luz do art. 4º inciso III código civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Tendo em vista esse objetivo no seu delineamento metodológico foi empregada a pesquisa de natureza descritiva, conduzida sob a forma de a pesquisa bibliográfica e documental que consistiu no exame do material escrito sobre o que já se produziu sobre o tema de investigação, tendo ainda sido aplicado o método dedutivo para a apreciação sobre a legislação que trata dos direitos da pessoa deficiente, dos relativamente incapazes, da capacidade civil, da responsabilidade de família, da sociedade e do poder público em prestar a assistência prevista na legislação constitucional e infraconstitucional pátria.

O estudo conclui que para diminuir os efeitos discriminatórios a que está sujeito o portador de deficiência relativamente incapaz torna-se necessário, sob o

prisma jurídico-social, o cumprimento da legislação para que não falte o necessário aos cidadãos deficientes e aos relativamente incapazes para que estes possam ter direito a uma vida digna, bem como que ocorra o aprimoramento das políticas públicas visando demonstrar que, pela sua própria condição, deve-lhe ser assegurado direito à dignidade da pessoa humana, que se viabiliza pelo tratamento isonômico jurídico do Estado, ou seja, pela ruptura desse padrão quando essa for a única forma de garantir a igualdade e a dignidade humana, eliminando assim qualquer forma de preconceito e discriminação que eventualmente exista em torno do seu caso ou situação que se apresente, inclusive envolvendo a sua família.

2 IMPORTÂNCIA DO AMBIENTE E DA CULTURA PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA MENTAL

Não há como desconhecer o alto grau de discriminação para com as pessoas consideradas relativamente incapaz, que de forma injusta ou desigual, são excluídas do convívio social, sobretudo quando se considera uma perspectiva cultural, considerando o ambiente em que o indivíduo se desenvolve e em que, necessariamente, há de se considerar a interação ente o desenvolvimento individual e o social, haja vista a ocorrência de uma construção social em que as possibilidades de desenvolvimento de cada ser humano singular estão na dependência de sua interação com outros membros de sua cultura.

Esse processo interativo está representado por um ambiente organizado culturalmente através de crenças, valores e padrões. É nesse ambiente que o ser humano se desenvolve e adquire suas habilidades. As conexões sociais são permeadas por processos evolutivos que, por sua vez, englobam outros *processos* psicológicos, cognitivo, afetivo, emocional, motivacional e social, os quais se relacionam de forma coordenada um com o outro.

Argumentando a esse respeito, Silva e Oliveira (2012, p. 551) destacam que “O desenvolvimento infantil se inicia em um mundo já humanizado, isto significa que este é social e historicamente constituído”. Nessa perspectiva, ressalta-se a importância da educação como instrumento indispensável para a interação de cada ser humano com o seu meio, inclusive dos portadores de deficiência.

Embora não seja objetivo finalístico desse estudo abordar essa questão envolvendo a educação especial, não se pode olvidar que Vgostsky (1997, p. 12, apud SILVA; OLIVEIRA, 2012, p. 552), a educação da pessoa com deficiência não pode ser minimalista nem reducionista porque ela não é uma criança “menos desenvolvida que seus coetâneos normais, mas desenvolvida de um outro modo”.

Isso significa entender que não se pode segregar e minimizar o círculo social da pessoa com deficiência, ou seja, a educação deve ser a mesma tanto para as pessoas ditas normais como para as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência. Normalizar uma pessoa não é torná-la normal, mas sim lhe oferecer o direito de ser diferente e de ter suas necessidades reconhecidas e acatadas pela sociedade. É aceitá-los tal como são, para que estes se sintam como ser humano em potencial e possam assim desenvolver suas potencialidades e viver tão normal quanto possível, com independência e liberdade.

Argumentando a esse respeito Anache (2010, p. 49) destaca que a educação da criança com deficiência intelectual deve extrapolar a ideia de “sujeitos incapazes”, mas sim considerar a força motriz deste sujeito, ou seja, “essa proposta procura anular o significado do defeito intelectual, destacando a força das dimensões afetivas ao explicar a natureza da debilidade mental”. Dito de outra forma, o deficiente intelectual também é capaz de aprender desde que lhe seja propiciada as condições adequadas a essa finalidade, condição de ser cidadão.

Oportuno frisar que, ser cidadão diz respeito à pessoa que goza de direitos civis e políticos entre outras denominações, o fato de uma pessoa possuir alguma deficiência, não é fator para desconsiderá-la como tal, o árduo trabalho de se refletir sobre os direitos do deficiente, inclusive à educação é uma tarefa que requer persistência e perseverança, rumo à uma sociedade mais justa e evoluída, que respeite as diversidades. Nas palavras de Falconi e Silva (2014, p. 4):

O deficiente intelectual necessita aprender a ser e a viver como realmente é: uma pessoa com direitos e deveres, que necessita ser educado de forma significativa a fim de ser capaz de valorizar a visão positiva de si mesmo e estimular seu desejo e confiança para conquistar competência intra e interpessoal.

Sob o prisma jurídico, há de se destacar teor da Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 que, conforme destaca Botelho (2017), reponde pelo ineditismo de atribuir ao:

[...] Ministério Público a defesa dos interesses difusos e coletivos da Pessoa Portadora de Deficiência além de tratar sobre diversas matérias que se associam na proporção de uma melhor qualidade de vida a essas pessoas, como saúde, educação e trabalho, trazendo, ainda, dispositivo (art. 8º) que criminalizou a conduta de discriminar o portador de deficiência em escola, trabalho, estabelecimento hospitalar ou mesmo no concurso público. Ademais, essa legislação, regulamentando dispositivo na Constitucional, disciplinou a questão das edificações, disciplinando a acessibilidade das edificações públicas e particulares de acesso ao público.

Apesar de ser previsto como crime a discriminação do portador de deficiência, ainda existem alguns estabelecimentos educacionais que os recusam sob alegação de não estarem aparelhadas para assisti-las. E, caso essas pessoas venham a serem aceitas, não estarão livres das barreiras do preconceito. É fato que, nenhuma escola pode recusar a inclusão de uma pessoa portadora de deficiência, e caso não tenha estrutura deverá adotar as medidas necessárias para que essa venha a ser aceita naquela unidade escolar.

A Constituição de 1988 defende arduamente os direitos dessa minoria social. Entretanto, a legislação por si só não é suficiente para garantir uma vida digna a essas pessoas, que precisam ser tão respeitadas como as demais. Tal observação leva ao questionamento sobre o que deve ser feito para sanar essa dificuldade? Criar mais normas, decretos, o que falta é vontade política, zelar pela aplicação dos ditames legais, que são suficientes para garantir o bem comum.

Empiricamente é possível constatar que, dificilmente essas pessoas são inseridas no meio de grupos sociais com os quais deveria interagir, sob a forma de inclusão social: a criança com deficiência pode “perder oportunidades importantes de desenvolvimento, e seu potencial pode ficar injustamente limitado, com implicações sociais e econômicas significativas para ela própria, para sua família e para a comunidade em que vive” (UNICEF, 2013, p.9).

Assim, com base nessa argumentação admite-se que crianças com deficiência são também vítimas de diversos tipos de exclusão e são afetadas por elas com intensidades distintas, dependendo do tipo de deficiência que possuem, do local onde moram, da classe social a que pertencem, da sua cultura e até da sua condição

de gênero, pois como se sabe as pessoas do sexo masculino com deficiência, normalmente tem mais oportunidade de obter um trabalho, por exemplo, do que as do sexo feminino. Essas crianças se tornam vulneráveis e dependentes da assistência do poder público e de suas famílias

3 SOBRE AS INTERAÇÕES DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA COM SEUS GENITORES

As interações desenvolvidas no ambiente familiar são, provavelmente, as que trazem implicações mais intensas para o desenvolvimento dos portadores de deficiência. Esse aspecto é reforçado por Fiamenghi Júnior e Messa (2012, p. 1) em estudo sobre a relação familiar de portadores de deficiência, principalmente dos genitores, afirmando que “[...] quando existe uma criança deficiente na família [...]. Não se pode negar a importância de aspectos ambientais no desenvolvimento e de que as famílias são fundamentais para o desenvolvimento da criança”.

Família é um a estrutura social, o primeiro grupo no qual o ser humano é inserido e que tem influência na determinação do comportamento humano e na formação de sua personalidade. É uma rede social ampla em que o comportamento de uns influencia o comportamento de outros e toda mudança ocorrida nesse sistema é importante.

O subsistema parental é formado com o nascimento do primeiro filho. Bradt (1995, p. 206, apud FIAMENGHI JÚNIOR; MESSA, 2012, p. 3) destacam que “não existe nenhum estágio que provoque mudança mais profunda ou que signifique desafio maior para a família nuclear e ampliada do que a adição de uma criança ao sistema familiar”.

A parentalidade resulta em um conjunto de interações entre fatores internos e do ambiente que afetam as relações entre os seus membros, pois a família é unidade social de intenso significado. A influência dessa relação é clara em famílias com filhos portadores de algum tipo de deficiência, diante das mudanças que são efetivadas na vida da família, trazendo novo significado à experiência de parentalidade, conforme indicam resultados de estudos sobre a experiência de algumas famílias que vivenciam tal situação.

3.1 ESTUDOS SOBRE A EXPERIÊNCIA DE ALGUMAS FAMÍLIAS

Alguns fatores irão determinar o significado da experiência de cada família: histórico de vida, situações de conflitos vivenciados e respectivas soluções, sistema de crenças, nível cultural e socioeconômico, existência ou não de rede de apoio, capacidade de relacionamento entre seus membros, por exemplo.

Corroborando essa afirmação Nuñez (2003, apud FIAMENGHI JÚNIOR; MESSA, 2012, p. 5) realizou pesquisa com grupos de irmãos cuja família possuía entre seus membros algum portador de deficiência, tendo concluído que muitos conflitos familiares, não surgem como resultado direto da deficiência, mas das condições e possibilidades de a família adaptar-se ou não a essa situação.

Riper (2003, apud FIAMENGHI JÚNIOR; MESSA, 2012, p. 5) estudou grupos de crianças portadoras de síndrome de Down, tendo concluído que o sistema parental que liga essas crianças não é conflituoso, tendo em seus achados de pesquisa concluído que a qualidade de vida da família até melhorou após o nascimento dessas crianças que trouxeram novo significado à vida de suas famílias.

Pesquisa realizada por Valério (2004, apud FIAMENGHI JÚNIOR; MESSA, 2012, p. 5) tendo como foco grupos de mães de crianças portadoras de deficiência mental e múltipla, em processo de reabilitação, concluiu que a qualidade de vida da família é satisfatória pela capacidade de seus membros em lidar com as dificuldades normais do cotidiano e realização de atividades da vida diária.

Muitas vezes, as mães de filhos portadores de deficiência adultos, continuam vivendo situações de cuidados e responsabilidades pela vida dos filhos, assumindo o papel vitalício de cuidadoras. Entretanto, considera-se ser oportuno frisar que o rompimento dos laços afetivos envolvendo famílias cujos ex-cônjuges possuem filhos menores tem sido situação comum na nossa sociedade e, que esse fato não os isenta de responsabilidade para com as crianças e adolescentes, fruto dessa relação que se rompe sem desfazer o vínculo afetivo, conforme previsto na Constituição de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ocorre que, tal situação nem sempre se desenvolve de forma harmônica, transformando-se muitas vezes, em situações conflituosas que atingem diretamente a criança, ao adolescente ou mesmo ao adulto portador de deficiência que o acompanhará por toda sua vida, que são titulares de direitos fundamentais

assegurados pela Constituição brasileira, os quais não estão sendo cumpridos por questões alheias à sua vontade.

3.2 NOTAS SOBRE A NEGAÇÃO DE DIREITOS E A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES PARA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOBRE O PRISMA JURÍDICO

Sobre a igualdade e não discriminação eis o que determina o Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei nº 13.146/2015 que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), *in verbis*:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa (BRASIL, 2015)

Determina ainda o regramento contido nos arts. 3º e 4º da lei nº 8.069/1990, *in verbis*:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (BRASIL, 1990).

Não há como negar que, de fato, as famílias sofrem impactos ao ver seus entes queridos, sofrendo algum tipo de discriminação ou negação de direitos, ocorrência que fere o princípio da dignidade humana. Entretanto, tal situação reforça a importância da família, haja vista o portador de deficiência, mesmo na vida adulta

continuar a necessitar de cuidados especiais no contexto das relações parentais, mostrando que esse dever se perpetua por toda a vida:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Diante do quadro esboçado, deve-se esclarecer que a pretensão é de focar a análise no direito positivo e, dentro dele tratar de situações subjetivas de casos concretos, onde se faz presente a relação entre direito e interesse, pois a norma supra anotada contempla a criança, sujeito de direito que está sofrendo negligência por parte de quem responde por sua guarda.

Verifica-se que esse assunto merece ser aprofundado na esfera jurídica, na medida em que a lei nº 8.069/90 enuncia um dever a ser cumprido pelo ex-cônjuge guardião, de modo que seu descumprimento representa um esvaziamento da norma ao mesmo tempo em que enseja aplicação de penalidade que deve ser conhecida da sociedade, não sendo, portanto, tema restrito aos operadores de direito, mas um assunto amplo de interesse de toda a sociedade e não apenas da seara acadêmica.

4 INCAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI Nº 13.146/2015

De início é importante ter claro que a personalidade civil da pessoa tem início com o nascimento com vida e termino com a morte. Nesse espaço de tempo, muitos acontecimentos podem ocorrer e muitos direitos e deveres são adquiridos. Na Constituição Federal de 1988 é assegurado, já na sua introdução, “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, sendo princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (Art.1º, III); a República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental assegurar a redução da desigualdade e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988, art. 3º III e IV).

Basta viver para ser capaz dos direitos e deveres como ser humano que é a personalidade é o conjunto de caracteres próprios dela, então porque a sociedade insiste em desconsiderar, ignorar, não interagir, não defender, não querer entender, não dar a devida atenção às pessoas deficientes e relativamente incapazes, as quais necessitam serem notadas e apoiadas como um ser humano capaz de dar e receber carinho do seu semelhante.

Empiricamente é possível constatar a dificuldade vivenciada pelas pessoas portadoras de deficiência e suas respectivas famílias, diante de situações específicas como falta de assistência especializada na saúde e na educação, falta de equipamentos adequados para sua mobilidade, incluindo transporte e mobiliário urbano simples como rampas, calçadas e corrimões adequados, só para citar alguns exemplos das carências a que estão sujeitos esses cidadãos especiais.

Visualizando essa questão sob o prisma jurídico, na perspectiva dos direitos e garantias individuais, esse estudo admite que, seria muito mais humano se essa mesma sociedade estivesse preparada para acolher e tratar com carinho, amor fraterno, atenção, solidariedade e outros valores humanos esses cidadãos portadores de deficiência, os quais possuem tantas carências no seu dia a dia para que possam se sentir normais dentro de suas limitações, e que possam se sentir aceitos e não discriminados nos lugares por onde passam e também naqueles que frequentam e, até mesmo em sua habitação familiar.

Nesse sentido, criar espaço social acessível é o primeiro passo para uma sociedade inclusiva, assim como acessibilidade para outros importantes setores, tais como saúde, integração profissional, educação, esportes, que permite a movimentação livre e segura, funcionalidade e acesso para todos, independentemente da idade, do sexo ou da condição, que possam ser acessados por todos, sem obstáculos, com dignidade e com o máximo de autonomia possível.

Trazendo essa questão para ser tratada na seara do direito deve ser dito que, com a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei nº 13.146/2015, o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável, por se tratar de dispositivo jurídico pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social, contribuindo para minimizar os efeitos da discriminação e do preconceito de que são vítimas.

Não se pode olvidar que, no campo prático a lei nº 13.146/2015 trouxe avanços importantes a ponto de representar uma repersonalização do direito civil, colocando a pessoa humana no centro das preocupações do direito, com a finalidade de conferir igualdade no exercício da capacidade jurídica por parte da pessoa com deficiência. Argumentando a esse respeito Tartuce (2015, *online*), esclarece que:

[...] não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o direito civil, que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.

Sobre a realidade do portador de deficiência Tartuce (2015, *online*) reforça a inexistência do absolutamente incapaz, ressaltando que, consoante dicção expressa no art. 6º da lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- a) casar-se e constituir união estável;
- b) exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Em suma, no plano familiar há uma expressa inclusão plena das pessoas com deficiência.

Entretanto, cabe alertar que tais situações, em muitos casos, é integralmente inconcebível cabendo o seguinte questionamento: Considerando um indivíduo deficiente com a idade cronológica de 18 anos de idade e que tenha idade mental calculada em 10 anos, teria maturidade suficiente para casar, trabalhar, ou mesmo ter maturidade para assumir responsabilidades condizente com sua idade? O doente mental, embora tenha capacidade jurídica, sem a intermediação de outra pessoa não tem a faculdade de praticar negócios jurídicos, por exemplo, pois falta-lhe a capacidade de exercício.

Nesse sentido, deve ser considerada a perspectiva da tomada de decisão apoiada enquanto processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2

(duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade, conforme artigo 1.783-A do Código Civil, incluído pela Lei nº 13.146/2015. Esclarecendo essa perspectiva, Rosenvald (2015, online) assinala o seguinte aspecto:

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Assim, esse modelo beneficiará enormemente pessoas deficientes com impossibilidade física ou sensorial (v.g. tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico,) e pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que não tenham impedimento, mas possuam limitações em expressar a sua vontade. Eles não serão interditados ou incapacitados, pois a tomada de decisão apoiada veio para promover a autonomia e não para cerceá-la.

Concordando que houve mudanças importantes no regime de incapacidades no atual Código Civil em decorrência da aprovação e vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Requião (2015, online) chama atenção para os seguintes aspectos:

A incapacidade, por sua vez, é categoria jurídica, estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas ao seu status pessoal. Pode decorrer tanto da simples inexperiência de vida, como por conta de circunstâncias outras, tais como o vício em drogas de qualquer natureza. Dentre estas circunstâncias, até a chegada do Estatuto que ora se discute, encontrava-se o transtorno mental, sob as mais diversas denominações (enfermidade ou deficiência mental, excepcionais sem desenvolvimento mental completo). Independe a incapacidade de decretação judicial. Enquadrando-se o sujeito numa das hipóteses previstas no suporte fático normativo, é ele incapaz e, portanto, ao menos de algum modo limitado na prática dos seus atos.

Sobre as mudanças no regime de incapacidades Gagliano (2015, online) diz que pelos regramentos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, assim se pronunciou:

[...] a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do seu art. 2º - não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.

Justificando seu posicionamento, o referido autor esclarece que ocorreu uma reconstrução e ampliação do conceito de incapacidade civil, chamando atenção para dois artigos do Código Civil que sofreram uma reestruturação importante nos seus arts. 3º e 4º, a saber: “O art. 3º do Código Civil, que dispõe sobre os absolutamente incapazes, teve todos os seus incisos revogados, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor impúbere (menor de 16 anos)” (GAGLIANO, 2015).

Objetivamente falando, verificou-se que foram revogados todos os incisos do art. 3º do Código Civil, que tinha a seguinte redação: “**São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade**”. Também foi alterado o caput do comando legal, passando a estabelecer que “**são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos**” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Adentrando nas especificidades das mudanças introduzidas no art. 4º do Código Civil Gagliano (2015, *online*), assim se pronuncia:

O art. 4º, por sua vez, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificação. No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos); o inciso II, por sua vez, suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, ‘os ébrios habituais e os viciados em tóxico’; o inciso III, que albergava ‘o excepcional sem desenvolvimento mental completo’, passou a tratar, apenas, das pessoas que, ‘por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade’; por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo.

Objetivamente se constata que, o art. 4º do Código Civil, em decorrência dos regramentos expressos no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no seu inciso II não faz mais referência às “**pessoas com discernimento reduzido**”, que não são mais consideradas relativamente incapazes, como antes estava regulamentado. Apenas foram mantidas no diploma as menções aos ébrios habituais (entendidos como os alcoólatras) e aos viciados em tóxicos, que continuam dependendo de um processo de interdição relativa, com sentença judicial, para que sua incapacidade seja reconhecida. Também foi alterado o seu inciso III, que não menciona mais os “**excepcionais sem desenvolvimento completo**” (GAGLIANO, 2015, *online*, grifo nosso).

Importante reforçar que a redação anterior desse inciso III, tinha incidência para o portador de **síndrome de Down**, não considerado mais um incapaz, e que a nova redação dessa norma (art. 4º, III) passa a arrolar as pessoas que, **“por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade”** – que antes estava previsto no inciso III do art. 3º como situação típica de incapacidade absoluta, ou seja, agora a hipótese é de incapacidade relativa (GAGLIANO, 2015, *online*, grifo nosso).

Do argumento dos citados autores se percebe que, os regramentos do Estatuto da Pessoa com Deficiência possuem concepção humanista, tendo o condão de imprimir um novo significado ao direito da personalidade, rompendo o paradigma presente, historicamente, no direito brasileiro, de que o portador de transtorno mental sempre foi visto e tratado como incapaz.

Esse aspecto pode ser comprovado empiricamente mediante consulta aos textos dos regramentos jurídicos contidos, com algumas variações de termos e grau, nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e também no atual Código Civil de 2002, sob o argumento de proteção, em prejuízo da sua autonomia e, por vezes, da sua dignidade como ser humano.

Sabendo que a constituição de uma família representa uma realização para qualquer ser humano e, considerando a responsabilidade que a família possui diante do nascimento de um filho que seja portador de algum tipo de deficiência, bem como tendo em vista os objetivos desse estudo, entende-se ser oportuno trazer a tona as modificações que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu no atual Código Civil acerca dessa questão.

Adentrando nessa seara, Tartuce (2015, *online*) aponta as seguintes alterações:

De início, o art. 1.518 do Código Civil teve sua redação modificada, passando a prever que, até a celebração do casamento, podem os pais ou tutores revogar a autorização para o matrimônio. Não há mais menção aos curadores, pois não se decreta mais a nulidade do casamento das pessoas que estavam mencionadas no antigo art. 1.548, inciso I, ora revogado. Enunciava o último diploma que seria nulo o casamento do enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, o que equivalia ao antigo art. 3º, inciso II, do Código Civil, que também foi revogado.

Importante destacar que a constituição de uma família para os portadores de deficiência, representa uma forma importante de inclusão social, sendo também

o seu sustentáculo legal. Em resumo, o casamento do enfermo mental, sem discernimento, passa a ser válido, modificando totalmente à norma anterior cujo entendimento era de que o casamento seria ruim para o então incapaz, vedando-o com a mais dura das invalidades. Em verdade, muito ao contrário, o casamento é, via de regra, salutar à pessoa que apresente alguma deficiência, visando a sua plena inclusão social.

Rosenvald (2015, *online*) diz que, na verdade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não eliminou a teoria das incapacidades, porém, adequou à Constituição Federal, explicando que isso está explícito nesse regramento, observando-se os aspectos que seguem:

Tratando-se a incapacidade de uma sanção normativa excepcionalíssima, que afeta o estado da pessoa a ponto de restringir o exercício autônomo de direitos fundamentais, o que corretamente a Lei 13.146/2015 impôs foi a necessidade da mais ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil.

Na sua argumentação, o citado autor arremata fazendo uma síntese das mudanças introduzidas no citado instituto pela lei nº 13.146/2015, nos seguintes termos:

Resumidamente: a) haverá intenso ônus argumentativo por parte de quem pretenda submeter uma pessoa à curatela em razão de uma causa permanente; b) sendo ela curatelada, a incapacidade será apenas relativa, pois a incapacidade absoluta fere a regra da proporcionalidade; c) a curatela, em regra, será limitada à restrição da prática de atos patrimoniais, preservando-se, na medida do possível a autodeterminação para a condução das situações existenciais (ROSENVALD, 2015, *online*).

Assim, ante o exposto, não há como deixar de considerar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência abarca e revela um direito que à luz da legislação civil revogada não era observado, o direito à singularidade de cada ser humano, seja ele deficiente ou aparentemente normal. Esse direito perpassa pela concepção que a pessoa humana, em sua perspectiva existencialista, tem a prerrogativa de ser diferente, que de fato, todas as pessoas são, pois nisso reside a singularidade inerente a cada ser humano. E essa peculiaridade não pode sob qualquer hipótese gerar a incapacidade jurídica da pessoa cuja característica marcante possuir uma deficiência, conforme se discutiu amplamente nesse estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada nesse estudo buscou mostrar, sob a ótica do direito civil, a perspectiva equivocada que a sociedade traduz em suas ações sobre o incapaz, diante da consideração de que este não tem consciência nem vontade alguma, neutralizando e anulando a subjetividade do indivíduo, substituindo-o completamente por seu representante ou assistente até mesmo para a realização de direitos personalíssimos. De modo que esses cidadãos são, muitas vezes, alvo de preconceito e de discriminação que atinge fortemente também a sua família, permite estabelecer as seguintes conclusões:

As pessoas com deficiência que pelo Código Civil vigente eram considerados absolutamente incapazes em uma terminologia reducionista, tornam-se relativamente incapazes a partir da vigência da Lei n. 13.146/15; aquelas pessoas com deficiência que eram relativamente incapazes por “discernimento reduzido”, consoante dicção expressa no art. 4, II, do Código Civil de 2002, serão plenamente capazes e direcionadas ao novo modelo da tomada de decisão apoiada.

A tomada de decisão apoiada está prevista no art. 116 da Lei nº. 13.146/2015 e representa um modelo protecionista para pessoas plenamente capazes, mas que se encontram em situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência. A finalidade desse instituto é de auxiliar a pessoa vulnerável na proferição de sua decisão, preocupando-se com as consequências e efeitos da opção, preservando-se a autonomia da vontade da pessoa auxiliada, mediante a garantia do seu direito de decidir.

Em se tratando dos avanços trazidos pela legislação pátria, nos aspectos concernentes à proteção das pessoas com deficiência, não se pode perder de vista que a alteração sistêmica produzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência gerou efeitos cuja incidência extrapolou o simples instituto da incapacidade civil, atingindo outros segmentos do direito civil e processual civil. Sua premissa básica é de que a característica que difere a pessoa com deficiência das demais é o fato dela não ser considerada doente, o que enseja que a pessoa com algum tipo de deformidade possui o direito à igualdade de direito e deveres.

Uma questão enfrentada pelos aplicadores do direito e que demanda a existência de problemas práticos e processuais, está relacionada com a dotação de

plena capacidade civil para o enfermo ou deficiente mental, tendo em vista que à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas que foram declaradas interditas em razão de alguma doença ou deficiência psíquica passam a ser consideradas integralmente capazes.

Outro aspecto que mereceu destaque nesse estudo está relacionado à validade do casamento da pessoa com deficiência, consequência relacionada diretamente com o Direito de Família. Na matéria atinente ao matrimônio, o Estatuto da Pessoa com Deficiência provoca modificações relevantes. Dentre elas está a promoção da revogação do art. 1.548, I, do Código Civil.

Conforme visto, o objetivo dessa revogação é impedir que as pessoas com deficiência não sejam privadas do direito existencial de constituição da sua própria família por intermédio da união matrimonial e, até mesmo, da união estável. Essa alteração legislativa, mesmo pela corrente contrária às disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é bem vista pelos civilistas, notadamente porque assegura a inclusão no plano familiar das pessoas com deficiência.

Em resumo, o argumento desenvolvido nesse estudo mostra a necessidade de discussão mais ampla sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência, sobretudo diante da consideração de que o reconhecimento da capacidade legal desses sujeitos de direito é uma importante conquista para eles e para suas famílias, mas isso precisa ser associado a um movimento de fortalecimento dos mecanismos para a verificação dos estágios das deficiências mentais e do conseqüente grau de desenvolvimento ou comprometimento das faculdades de compreensão do paciente, bem como de uma campanha de esclarecimento que poderia ser encampada pelo Ministério Público Federal, na defesa dos direitos do cidadão e da pessoa humana, para que a sociedade possa refletir sobre essa realidade e tratá-los com o respeito que todo ser humano merece.

Caso isso não venha a acontecer, poderá incorrer em dois efeitos indesejáveis: Primeiramente, a admissão irrestrita da capacidade pode vir a deixar desamparadas pessoas que realmente necessitem de apoio para o exercício de seus direitos, pecando assim na proteção desses indivíduos. Aliado a isso é oportuno chamar atenção para existência de dificuldade na análise de cada caso concreto, o que pode fazer com que os magistrados enquadrem todos os mentalmente deficitários na incapacidade relativa, tornando o diploma aqui estudado, letra morta. Diante das

limitações da ciência jurídica, o grande desafio consiste, portanto, em tornar efetivo esses direitos na perspectiva de uma vida digna e de atendimento dos direitos que não devem nunca serem negados.

REFERÊNCIAS

ANACHE, Alessandra Ayach. As contribuições da abordagem histórico-cultural para a pesquisa sobre os processos de aprendizagem da pessoa com deficiência mental. In: BAPTISTA, Claudio Roberto; CAIADO, Kátia Regina Moreno; JESUS, Denise Meyrelles de et. al. **Educação especial: diálogo e pluralidade**. Porto Alegre: Editora Meditação, 2010.

BOTELHO, Júlio César. **Breve comentário sobre a legislação relativa às pessoas portadoras de deficiência**, (2015). Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub63.html>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, Sub Chefia da Casa Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://undimepr.org.br/documentos/constituicao_88.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

FALCONI, Eliane Regina; SILVA, Natalie Aparecida Sturaro. **Estratégias de trabalho para alunos com deficiência intelectual: atendimento educacional especializado**. Educação Especial - Diretoria de Ensino da Região de Adamantina, 2014. Disponível em: <https://especialdeadamantina.files.wordpress.com/2014/05/estratic3a9gias-de-trabalho-para-alunos-com-di.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da Interdição?. In: **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acesso em: 21 mar. 2017.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das capacidades. In: **Conjur**, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ROSENVALD, Nelson. Tudo o que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência: 11 perguntas e respostas. In: **GenJurídico**, 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>. Acesso em: 25 maio 2017.

SILVA, Mariana César Verçosa; OLIVEIRA, Vítor Hugo de. **Deficiência intelectual a partir de uma abordagem histórico cultural**. (Monografia), Londrina, PR: Universidade Estadual de Londrina, 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/eventos/semanadaeducacao/pages/arquivos/anais/2012/anais/educacaoespecial/deficienciaintelectual.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.

TARTUCE, Flávio. Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte I. In: **Migalhas**, 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 08 maio 2017.

UNICEF. **Situação Mundial da infância 2013**: crianças com deficiência: resumo executivo. Brasília, DF: UNICEF, 2013. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/PT_SOWC2013ResumoExecutivo.pdf. Acesso em: 25 abr. 2017.

A RESPONSABILIDADE DAS ENTIDADES DESPORTIVAS POR ATOS DISCRIMINATÓRIOS PRATICADOS POR SEUS TORCEDORES

THE RESPONSIBILITY OF SPORTS ENTITIES BY DISCRIMINATORY ACTS PRACTICED BY ITS BECORERS

ÉRICA BATISTA PEREIRA*
ALEXANDRE CAVALCANTI ANDRADE ARAÚJO**

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a responsabilidade que recai sobre os dirigentes desportivos Brasileiros pelos atos discriminatórios praticados pelos torcedores dos respectivos times dentro do estádio de futebol. O estudo foi realizado com embasamento em doutrinas, artigos, jurisprudências e o código Brasileiro de Justiça Desportiva sobre o fato em questão. O estudo pretende demonstrar se a punição pelos atos discriminatórios praticados dentro dos estádios de futebol deve ser direcionada aos dirigentes ou se deve recair para os sócios torcedores credenciados, e caso recai para o dirigentes, quais os limites dessas possibilidades de responsabilização da entidade desportiva quanto aos atos praticados pelos torcedores. O estudo foi dividido em 4 (quatro) partes, conceituando direito desportivo, fazendo uma breve retrospectiva histórica, destacando suas fontes formais e materiais, elencando uma semiestrutura a respeito dos princípios do direito desportivo, como: conceito de princípios, princípios constitucionais e princípios infraconstitucionais, demonstrando a relação do direito desportivo com os ramos do direito como, direito constitucional, direito do trabalho, direito do consumidor e o direito penal além da legislação desportiva, enfatizando a Lei 10.671/2003 — Estatuto do torcedor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito desportivo. Código Penal. Constituição Federal. Legislação desportiva. Estatuto do Torcedor. Racismo.

ABSTRACT

This study aims to analyze the responsibility of Brazilian sportsmen and women for the discriminatory acts practiced by the fans of the respective teams within the soccer

* Concluinte do curso de Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba — FESP, semestre 2017.1. E-mail: drt.ERICA@gmail.com.

** Doutor pela UMSA - Universidad del Museo Social Argentino. Especialista em Direito Constitucional pela ESA - Escola Superior da Advocacia. Especialista em Direito Penal pela FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (2003). Assessor Jurídico da Secretaria de Comunicação do Estado da Paraíba - SECOM. Professor da FESP - Faculdades de Ensino Superior da Paraíba na disciplina Deontologia Jurídica e Introdução ao Estudo do Direito. Professor da FPB - Faculdade Potiguar da Paraíba, nas disciplinas Filosofia Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Ética e Introdução ao Estudo do Direito. Professor Convidado pela Universidade Federal da Paraíba, para disciplina Ética e Legislação Odontológica. Professor Convidado pela Universidade Federal da Paraíba, para a disciplina Noções Gerais de Direito, no Curso de Administração de Empresas.

stadium. The study was based on doctrines, articles, jurisprudence and the Brazilian Code of Sport Justice on the fact in question. The study intends to demonstrate whether punishment for discriminatory acts practiced within football stadiums should be directed to the managers or should it fall to the accredited supporters and, if it falls to the managers, what limits of those possibilities of accountability of the sporting entity to the Acts practiced by the fans. The study was divided in 4 (four) parts, conceptualizing sports law, making a brief historical retrospective, highlighting its formal and material sources, listing a semistructure regarding the principles of sports law, such as: concept of principles, constitutional principles and infraconstitutional principles, Demonstrating the relationship of sports law with the branches of law such as constitutional law, labor law, consumer law and criminal law in addition to sports legislation, emphasizing Law 10.671 / 2003 - Statute of the fan.

KEYWORDS: Sports law. Criminal Code. Federal Constitution. Sports Legislation. Status of the Fan. Racism.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho possui o intuito de analisar a responsabilidade das entidades desportivas em razão da prática de atos discriminatórios praticados por seus torcedores dentro dos estádios de futebol, isto em âmbito brasileiro. A problemática é de grande pertinência, em virtude da existência de poucos estudos acerca do assunto, observando-se, desta forma, a necessidade de se discutir a responsabilidade dos dirigentes dos clubes por atos discriminatórios praticados por seus torcedores.

Assim, diante da importância deste estudo, pretende-se compreender até que ponto as entidades desportivas devem ser responsabilizadas (ou não) pelos atos praticados pelos torcedores dentro dos estádios de futebol, devendo-se destacar que, em 15 de maio do ano de 2003 foi promulgada a lei número 10.671, conhecida como o Estatuto de Defesa do Torcedor, objetivando proteger a classe dos torcedores.

Para melhor entendimento da temática apresentada, irá se destacar a diferença entre desporto e o esporte, onde se considera que o esporte está ligado diretamente à prática de esportes e suas modalidades, ao passo que o desporto, por sua vez, possui conteúdo mais abrangente, sendo conceituado como uma atividade humana na qual se demanda um maior esforço físico e segue um conjunto de regras exclusivas.

O presente estudo foi primordialmente na legislação e doutrina nacional acerca do tema. Dito isso, inicia-se o presente trabalho buscando apresentar o

conceito da do direito desportivo, para uma melhor compreensão, fazendo uma retrospectiva histórica dentro do desporto brasileiro, aludindo como este se fortaleceu, com o passar do tempo, e a sua necessidade de uso nos tempos atuais nas.

Em seguida, demonstra-se a ligação existente acerca da temática com o direito constitucional, o direito do trabalho, o direito do consumidor e com o direito penal, demonstrando-se quais são as penalidades sofridas quando praticado os atos discriminatórios.

E, finalmente, apresenta-se a legislação do direito desportivo, ressaltando a Lei 10.671/2003 — Estatuto do torcedor, enfatizando ainda a relação estabelecida entre as entidades desportivas e a sua torcida, trazendo em tela se a responsabilidade dos atos racistas praticados pelos torcedores, dentro dos estádios de futebol, recai sobre as entidades desportivas ou não, tendo como embasamento artigo 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD).

2 DIREITO DESPORTIVO

Inicialmente, para uma melhor compreensão acerca da visão necessária e correta que se deve ter sobre o direito desportivo, é essencial que se tenham definições precisas do conceito de direito, enquanto ciência, para, logo em seguida, tecer uma explanação do que vem a ser o direito desportivo, mais especificamente. Dito isso, fazemos alusão a alguns conceitos da palavra direito.

Nader (2014) diz que a palavra direito é advinda do *directus*, que significa algo que está em conformidade com a reta, ou seja aquilo que não tem inclinação. Cunha (2012) diz que o significado da palavra direito recai sobre o que é reto (*directum*). Esse conceito, assim, possui uma acepção etimológica, dizendo respeito à definição da palavra em si. Sobre a sua finalidade, Ferraz Júnior (2003) diz que o direito funciona como um importante fator de estabilidade da sociedade.

Venosa (2009, p. 9) diz que “a palavra direito intuitivamente nos outorga a noção do que é certo, correto, justo, equânime”. Desse modo, podemos dizer, com uma visão mais ampla, que é direito pode ser considerado como tudo aquilo que está ao nosso alcance, para instrumentalizar a liberdade que possui a humanidade, visando nortear as condutas sociais e harmonizar a sociedade.

Por sua vez, seguindo esse raciocínio, o direito desportivo é tido como algo

mais restrito. Ressalta-se que:

[...] Direito Desportivo é o complexo de normas que preside toda a atividade do desporto, desde as regras do jogo, passando pela regulamentação das competições, ordenando o procedimento dos atletas, árbitros, técnicos, dirigentes, até a estruturação de clubes e entidades dirigentes por intermédio de seus estatutos, e que prevê os diversos tipos de sanções que correspondem a cada violação (PERRY, 2002, p. 23)¹.

Miranda (2007, p. 126) diz que:

Desse modo, tem-se que o Direito Desportivo, assim considerado com conjunto de normas que regula as relações jurídicas relacionadas ao desporto em suas diversas manifestações, carrega sobre os seus ombros a marca indelével da combinação do regramento público com o privado, sendo para Hourcade a dualidade de fontes normativas o que efetivamente particulariza esse novo ramo do direito.

Logo, “o Direito desportivo é um ramo do Direito que trata das relações jurídicas existentes nas atividades desportivas. Trata-se de todo um conjunto de regramentos, com disposições administrativas, trabalhistas, civis e fiscais, entre outras” (OBSERVATÓRIO DO FUTEBOL, 2016).

O Direito Desportivo é reconhecido pela sua especificidade. Doutrinadores da área dizem que ele é um ramo autônomo, por conter sua própria disciplina, legislação e doutrina. Além disso, funciona por conta própria, ou seja, tem seus tribunais, seus advogados, seus procedimentos, e, o que mais o torna peculiar: seu objeto, que é o desporto (WAMBIER, 2017).

Vale, ainda, diferenciar desporto e esporte, que, segundo Belmonte (2010, p. 77):

Desporto não é sinônimo de esporte. Quando se fala em praticar esporte, emprega-se a palavra no sentido de modalidade de exercício, jogo ou atividade física. Já o termo desporto significa a prática organizada do esporte, o esporte federado, o esporte regulamentado e organizado por federações, geralmente visando à competição.

Diante as ideias e conceitos citados, podemos compreender que o direito desportivo é de suma importância, sendo um conjunto de normas e regras acerca de uma atividade que é dominada mundialmente, não podendo passar despercebido pela

¹ Obra de suma importância, para a fundamentação teórica deste trabalho, mas que não teve atualizações.

a sociedade. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura a prática do desporto, em seu art. 217, onde está redigido o seguinte texto:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social (BRASIL, 1988).

Portanto, a constituição Federal de 1988 em seu artigo 217, nos mostra de quem é a competência constitucional para fornecer e incentivar a pratica ao esporte de forma organizada e com funcionamento, nos mostrando, que além de uma boa organização e funcionamento, a justiça desportiva é autônoma e deve ser, sobretudo, célere.

2.1 RESTROPECTIVA HISTÓRICA

Em meados de 1930, com o governo sendo comandado por Getúlio Vargas, o Brasil sofreu uma desvalorização no que diz respeito à nobreza agrária; passados 7 (sete) anos e comandado ainda pelo então Presidente Getúlio Vargas, em 1937 o Brasil sofreu um novo golpe, fundado então o chamado Estado Novo.

O Brasil, então, começou uma nova fase, onde tentava centralizar e organizar como seriam utilizados os poderes legislativo e judiciário, pois estes estavam passando apenas como meros assistentes do poder executivo, na incumbência de atualizar o Estado Brasileiro. Passado 1 (um) ano na tentativa de organizar o Estado, em 1938 foi criado o primeiro conselho referente à cultura para a população, com o Decreto-Lei nº 526/38, visando uma melhoria para o Estado.

Logo, vendo que estava sendo válido o centro de cultura, foi criado o Decreto-

Lei nº 1.056/39, onde começou a fazer menção ao desporto, com a Comissão Nacional, tendo como principal intuito realizar trabalhos e pesquisas acerca de sua regulamentação, ficando reconhecida apenas no ano de 1941, com o Decreto-Lei nº 3.199/41, que estabelecia questões alusiva a organização do desporto e sobre o grau recursal de julgamento e criando o conselho Nacional de Desporto (CND) sendo regido pelo controle absolutista do Estado.

Passados diversos anos, as 435 deliberações e resoluções foram extintas com a chegada da Lei de nº 8.672, a “Lei Zico”². Após, foi criado um novo Decreto-Lei, de nº 5.342/43, onde se organizou a competência do Conselho Nacional do Desporto e ficou oficialmente reconhecida a prática do futebol, estabelecendo que a confederação brasileira de desportos fosse a responsável pelos registros dos técnicos e também dos jogadores.

Em 1962, o Conselho Nacional do Desporto aprovou o Código Brasileiro Disciplinar de Futebol (CBDF) e o Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva (CBJDD) (SOUZA, 2017a). Com a aprovação dos códigos, o Código Brasileiro e Disciplina Desportiva foi dividido em 2 (duas) partes, a processual e a penal, sendo cabível às penalidades quanto ao futebol, e o Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportiva ficando responsável pela aplicação das penalidades nas demais áreas do esporte.

Os mencionados códigos fizeram nascer os órgãos para assistência jurisdicional desportiva, envolvendo as searas cíveis, onde o mesmo era destinado a resolver conflitos contratuais, penais (que buscava corrigir os erros cometidos e por último) e questões trabalhistas (com a lei nº 6.354/76, mais conhecida como “lei do passe”, que visava solucionar os conflitos trabalhistas entre os atletas e os clubes, se fazendo necessário abertura de Juntas Trabalhistas Desportivas).

Em meados de 1964 e 1985 (período que abrangeu a ditadura militar), com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o desporto passou a fazer jus a um nível constitucional, em conformidade com o que consta no art. 217 da Constituição Federal. Em 1993 a “Lei Zico” foi editada, e agora trazia quatro novidades: o esporte passaria a ser reconhecido como negócio, ficou oferecida a possibilidade da criação

² Art, 11, Facultativa. a) Transformação em sociedade comercial com finalidade desportiva; b) Constituição de sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto; c) Contratação de sociedade comercial para gerir suas atividades profissionais.

de ligas regionais e nacionais, se previu o direito de arena e ficou, de vez, regularizada a justiça desportiva, sendo vigorada até 1988.

Logo, passou por modificações, sendo agora a Lei nº 9.615, a chamada “Lei Pelé” a norma principal que regula o direito desportivo, na atualidade, com uma visão mais direta e focada no o futebol. Porém, esta norma trouxe duas modificações, que dizem respeito à obrigatoriedade dos clubes e associações em transformar-se em sociedade de fins econômicos, alterando o disposto pela “Lei Zico”, que dispunha que isso era facultativo, além de realizar a extinção do passe.

Com essas modificações, os clubes passaram a fazer imposições, conseguindo modificar os regulamentos, com a MP nº 2011/2000, voltando a ser Lei nº 9.981/00, que alterou o art. 27 da “Lei Pelé” e retornou seu entendimento na “Lei Zico”, facultando a transformação dos clubes para empresa, como também alterou a questão do passe, que era de três anos após a entrada em vigor da “Lei Pelé”, para o mês de março de 2001.

Desse modo, após atingir um nível constitucional, a Lei Zico removeu todos os resquícios de totalitarismo desportivo, ficando assim revestido de recursos legais, visando então contribuir na funcionalidade do ordenamento jurídico desportivo.

Em 2003, foi promulgada a Lei 10.671, nomeada de Estatuto do Torcedor³, com o objetivo de trazer segurança para o consumidor e torcedor. Em seguida, após 2003, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD) passou por modificações, que substituiu e agora agregava o CBDF e CBJDD, vigentes desde 1962, sendo criado em conformidade com o art. 42 da lei nº 10.671/03³ (Estatuto do Torcedor) e aprovado pela resolução CNE nº 01 de 23/12/2003, nos termos do art. 11, inciso VI, da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), com a intenção de ser aplicado nas modalidades desportivas praticadas formalmente (SOUZA, 2011).

Assim, com a leitura dos dispositivos supracitados, extrai-se que, para o EDT, todo o cidadão é torcedor, e consumidor é todo aquele que adquire os ingressos, valendo salientar que, na medida em que demonstra o art. 42º § 3º da Lei nº 9.615/98, faz-se necessário enfatizar que consumidor é o torcedor pagante que compareça a um evento desportivo.

³ Torcedor, de acordo com o art. 2º do EDT, torcedor é toda pessoa que aprecie, apoie, ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do país e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva (BRASIL, 2003).

2.1 FONTES DO DIREITO DESPORTIVO

Fonte, expressão que vem do latim *fons, fontis* (nascente; que significa tudo aquilo que origina, que produz algo) expressa, no Direito, as formas pelas quais ele se manifesta, onde se deu sua origem. Nunes (2016, p. 113) diz que “a fonte é reveladora do que estava oculto, daquilo que ainda não havia surgido, uma vez que é exatamente o ponto de passagem do óculo ao visível”.

Assim, pode ser dito que a expressão fontes do Direito surge a partir de um sentido metafórico e, tendo em vista a sua evolução histórica, passou a ter um significado preciso dentro da ciência jurídica, seguindo a linha escurrita da compreensão e auxiliando no entendimento da origem ou nascedouro do Direito. Pode ser dito, logo, que procurar uma fonte de uma determinada regra é buscar desvendar o ponto de onde ela brotou para a vida social (VENOSA, 2009).

Assim, dentro das origens do direito desportivo, temos duas fontes, sendo elas formais e materiais, que servem para nos dar o necessário direcionamento aos meios pelos quais o Direito se manifesta dentro de um ordenamento jurídico. Assim, as fontes formais adentram o próprio direito vigente, e as fontes materiais são aquelas que dão origem de fato ao direito, e pode ser dito que, por meio das fontes formais, o direito passa a ser necessariamente seguido, ou seja, passa a contar com obrigatoriedade.

As fontes do direito desportivo, por sua vez, de maneira mais específica, não são derivadas apenas da atuação do poder legislativo, mas também do Poder Executivo, tendo os princípios, as jurisprudências, os costumes e a analogia importantes papéis dentro das fontes jurídicas.

Adentra a doutrina, também, na seara do direito desportivo, servindo como fonte de natureza pilar para este ramo, de onde anota-se que:

a) Princípios: são derivados das ideias políticas e sociais vigentes, ou seja, devem corresponder ao subconjunto axiológico e ao fático que norteiam o sistema jurídico, sendo, assim, um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema de direito;

b) Jurisprudência: Conjunto de decisões judiciais que têm o mesmo sentido, elaboradas por juízes e tribunais. A jurisprudência expressa o entendimento dos juízes a respeito de determinado assunto julgado. É

- utilizado como base para o julgamento por tribunais inferiores;
- c) Costumes: O costume baseia-se na repetição de práticas sociais, mas é efetivamente considerado costume quando a prática reiterada de condutas sociais, é acompanhada pela consciência de obrigatoriedade. Ou seja, toda a comunidade toma determinada atitude, por considerá-la correta e essencial à manutenção da sociedade;
- d) Analogias: A analogia tem como base o princípio da igualdade jurídica, e também afirma que deve haver a mesma solução para o mesma infração ou razão da lei;
- e) Doutrina: Trata-se de um conjunto de princípios, ideias e ensinamentos de autores e juristas que, no caso, servem de base para o Direito e que influenciam e fundamentam as decisões judiciais. É fonte do Direito, utilizada também para a interpretação das leis, fixando as diretrizes gerais das normas jurídicas.

Feitas as necessárias distinções, notamos que todo o pressuposto das fontes do direito desportivo, assim como todo o ramo do direito, parte das origens humanas e das necessidades para se estabelecer um convívio harmonioso da sociedade. Assim, temos como exemplo de fonte material no direito desportivo a Constituição Federal de 1988, onde ficara, atribuídos poderes à União, ao Estado e ao Distrito Federal legislar, de maneira concorrente, a respeito do desporto, isto no art. 24, capítulo II, título III. Vejamos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; [...] (BRASIL, 1988).

Ademais, no que diz respeito às fontes formais, estas são de fácil compreensão, pois o direito logo se manifesta, tendo a prerrogativa de manifestação na mesma proporção de regra jurídica, sendo subdivididas em fontes imediatas e mediatas. A exemplo de fontes imediatas, temos as leis, e no que concerne às fontes mediatas, temos os costumes, os princípios gerais do direito e as jurisprudências, além, claro, da doutrina, que serve de amparo nos estudos científicos sobre cada ramo do direito.

2.2 PRÍNCIPIOS DO DIREITO DESPORTIVO

Nunes (2016, p. 219-220) expõe que

[...] os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados não só pelo aplicador

do Direito [...] todos têm de, em primeiro lugar, levar em consideração os princípios norteadores de todas as demais normas jurídicas existentes.

“Do latim principium, o princípio é o primeiro instante de algo. Trata-se, portanto, do começo ou início” (CONCEITO.DE, 2017). Nesse sentido, ficamos atentos para essa definição, que nos aduz a ideia das fontes, a origem e o fundamento das perguntas, vinculados intimamente à noção do significado de princípios. Logo, vemos a importância de estudar os princípios para a metodologia da interpretação constitucional, adentrando no Direito Desportivo.

Da mesma forma, Schmitt (2016, p. 225) diz que o direito desportivo é “composto de um conjunto sistematizado de princípio, preceitos e normas desportivas harmônicas, inter-relacionáveis, sobretudo no aspecto metodológico, técnico e científico, reunidos de forma coordenada e lógica, formadores de um todo unitário”.

Os princípios específicos do direito desportivo encontram-se na legislação própria. Vejamos:

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:

- I - da soberania, caracterizado pela supremacia nacional na organização da prática desportiva;
- II - da autonomia, definido pela faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizarem-se para a prática desportiva;
- III - da democratização, garantido em condições de acesso às atividades desportivas sem quaisquer distinções ou formas de discriminação;
- IV - da liberdade, expresso pela livre prática do desporto, de acordo com a capacidade e interesse de cada um, associando-se ou não a entidade do setor;
- V - do direito social, caracterizado pelo dever do Estado em fomentar as práticas desportivas formais e não-formais;
- VI - da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional;
- VII - da identidade nacional, refletido na proteção e incentivo às manifestações desportivas de criação nacional;
- VIII - da educação, voltado para o desenvolvimento integral do homem como ser autônomo e participante, e fomentado por meio da prioridade dos recursos públicos ao desporto educacional;
- IX - da qualidade, assegurado pela valorização dos resultados desportivos, educativos e dos relacionados à cidadania e ao desenvolvimento físico e moral;
- X - da descentralização, consubstanciado na organização e funcionamento harmônicos de sistemas desportivos diferenciados e autônomos para os níveis federal, estadual, distrital e municipal;
- XI - da segurança, propiciado ao praticante de qualquer modalidade desportiva, quanto a sua integridade física, mental ou sensorial;
- XII - da eficiência, obtido por meio do estímulo à competência desportiva e administrativa.

Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios:

I - da transparência financeira e administrativa; II - da moralidade na gestão desportiva;

III - da responsabilidade social de seus dirigentes;

IV - do tratamento diferenciado em relação ao desporto não profissional; e V - da participação na organização desportiva do País (BRASIL, 1998).

Souza (2013, p. 30) diz que “Neste contexto é preciso identificar os Princípios responsáveis por manter a unidade e a coerência do Direito Desportivo permitindo que se façam as adaptações necessárias à adequação da administração da prática desportiva ao Ordenamento Jurídico em que ela se insere”.

Assim, no que diz respeito especificamente aos princípios de direito desportivo, estes possuem tratamento basilar na parte do ordenamento jurídico desportivo, pois este possui projeção nacional e internacional, de modo a promover a integração necessária ao Direito Desportivo.

3 DIREITO DESPORTIVO E SUA RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Visando proteger seus princípios e finalidades desportivas, o Estado passou a ver o desporto como um relevante fenômeno jurídico, e face ao seu grande interesse social, educacional, cultural e comercial, entendeu-se por necessário fazer a sua regulamentação estatal. Assim, dizemos que:

Neste contexto, indispensável a capacitação, o conhecimento e o estudo do direito desportivo garantindo-se, assim, o acompanhamento das mudanças ocorridas nos paradigmas de organização e profissionalização dos eventos esportivos de modo a propiciar o crescimento constante da indústria do desporto com a conseqüente geração de empregos e crescimento econômico de associações, profissionais e países organizadores de grandes eventos (SOUZA, 2011).

Assim, pode ser afirmado que o direito desportivo é uma área autônoma do direito, pois conforme as lições de Schmitt (2016, p. 226), este ramo “pretende enfocar a existência de uma disciplina autônoma de direito sob a perspectiva de um todo inserido em um regime composto de princípios peculiares às manifestações do desporto [...]”.

No entanto, percebe-se, em uma análise sistêmica, que o direito desportivo

serrelaciona com mais ramos do direito, pois o seu crescimento acaba por interferir em outras áreas jurídicas. Desta forma, “embora haja o influxo de regras e princípios de outros ramos, os regimes que regulam o objeto de cada matéria, apesar de semelhantes, não são iguais” (SCHMITT, 2016, p. 226).

Assim, de logo, é de se perceber que o direito desportivo tem relação direta com o direito constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 trouxe autonomia para o direito desportivo, ao dizer que:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social (BRASIL, 1988).

O direito desportivo também guarda relação com o direito do trabalho, pois há regulamentação das atividades de trabalho dos desportistas. Vejamos:

Art. 3º O desporto como atividade predominantemente física e intelectual pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, através dos sistemas de ensino e formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral e a formação para a cidadania e o lazer;

II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e da educação e na preservação do meio ambiente;

III - desporto de rendimento, praticado segundo normas e regras nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com outras nações.

Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

I - de modo profissional, caracterizado por remuneração pactuada por contrato de trabalho ou demais formas contratuais pertinentes;

II - de modo não-profissional, compreendendo o desporto:

a) semiprofissional, expresso pela existência de incentivos materiais que não caracterizem remuneração derivada de contrato de trabalho;

b) amador, identificado pela inexistência de qualquer forma de remuneração ou de incentivos materiais (BRASIL, 1993).

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

[...].

§ 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: [...] (BRASIL, 1998).

A CLT, por sua vez, diz que:

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

Como visto nos dispositivos citados, os direitos trabalhistas dos atletas profissionais, são regidas pela CLT simultaneamente com a lei Pelé. Ademais, a atividade do atleta profissional nas diversas modalidades desportivas, é atribuída por salário ajustado em contrato formal de trabalho fixado com as entidades das práticas desportivas.

Também o direito desportivo tem vinculação com o Código de Defesa do Consumidor, de modo que vamos destacar a relação direta da equiparação do torcedor como consumidor. Mas, logo, vamos destacar quem é consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Feita a distinção de consumidor, partimos da premissa que a vinculação torcedor consumidor, se dá no momento em que a entidade desportiva organiza um evento de futebol e, assim, passam a fornecer ingressos, e os torcedores se dirigem aos locais de venda e os adquirem.

Ressalta-se no art. 3º do CDC

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que

desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Como se vê, o código consumerista trabalha com a ideia de fornecedor, que é enquadrado para a entidade organizadora do evento e consumidor é o torcedor. Nestes moldes, existe a relação de consumo, devendo ser aplicado os preceitos básicos do CDC.

Também o direito desportivo guarda relação com o direito penal, pois, visando manter a ética e a integridade desportiva, todos os profissionais devem ser comprometidos com o esporte e também os torcedores, estando sujeitos a sanções criminais caso venham a cometer delitos dentro dos estádios de futebol durante uma partida. O crime mais praticado pelos torcedores é o crime de injúria racial descrito no art. 140 do Código Penal.

Art. 140 Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (BRASIL, 1940).

Nos dias atuais, o direito desportivo trata os casos de injúria racial e racismo como atos discriminatórios, não fazendo desta forma distinção entre eles. Dispõe no art. 243-G do CBJD. Vejamos:

Art. 243-G. Praticar ato discriminatório, desdenhoso ou ultrajante, relacionado a preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (BRASIL, 2009).

Logo, vemos, também, a ligação do direito desportivo e do direito penal, não apenas nas aplicações das penas, mas também como meio de manter a ordem nas atividades desportivas, estando relacionado, assim, com o meio de manutenção da organização da entrada aos estádios e manutenção da ordem na realização das atividades desportivas.

4 RESPONSABILIDADE DAS ENTIDADES DESPORTIVAS POR ATOS RACISTAS PRATICADOS POR SEUS TORCEDORES

Entidade desportiva pode ser conceituada sob o ponto de vista de entidade de prática desportiva e entidade de natureza desportiva, sendo que a primeira quer dizer a entidade de direito privado, filiada à Federação específica, criada para a participação em competições; a segunda, por sua vez, trata das entidades de direito público ou privado que, sem fins econômicos, se dedicam ao desporto como finalidade, isto constando do ato constitutivo desta entidade (SCHMITT, 2016, p. 231).

O dicionário de direito desportivo diz, em relação à responsabilidade desportiva, que:

Responsabilidade desportiva: teoria do risco adaptada ao desporto mediante a possibilidade de aplicação de penalidade a pessoas jurídicas em razão de atos comissivos ou omissivos praticados pelas suas pessoas naturais vinculadas ou mesmo torcedores. Nesses termos, quando efetivamente comprovado que quem praticou determinada infração disciplinar foi uma Confederação, Federação, Clube, Associação, Municípios ou outro participante de evento desportivo, através de seu atleta, técnico, membro de comissão técnica, dirigente, etc. e em algumas hipóteses até mesmo o seu torcedor, nessa qualidade, surge a possibilidade de responsabilização, no âmbito da Justiça Desportiva, da pessoa jurídica (SCHMITT, 2016, p. 298, grifos nossos).

Em relação à responsabilidade do torcedor, especificamente, o dicionário de direito desportivo diz que:

Responsabilidade pela conduta do espectador: a associação ou o clube doméstico é responsável pela conduta inadequada entre os espectadores, independente da questão de conduta ou supervisão culposa, e, dependendo da situação, pode ser multado. Novas punições podem ser impostas em casos de ofensas graves. A associação ou o clube visitante é responsável pela conduta inadequada entre os espectadores, e, dependendo da situação, pode ser multado. Novas punições podem ser impostas em casos de ofensas graves. Os torcedores ocupando a área do visitante do estádio são considerados torcedores da associação visitante, a menos que provado o contrário. Condutas impróprias incluem violência contra pessoas ou objetos, uso de dispositivos incendiários, lançamento de projéteis, slogans ofensivos ou políticos de qualquer forma, uso de palavras ou sons ofensivos ou invasão de campo (SCHMITT, 2016, p. 299) (grifos nossos).

Conceituando o que vem a ser a discriminação, para fins de direito desportivo, Schmitt (2016, p. 227) diz que discriminação é:

[...] ofensa a dignidade da pessoa ou do grupo de pessoas de modo insolente, discriminatório ou palavras que possam denegrir ou ações referentes à raça, cor, idioma, religião ou origem e que acarreta suspensão por pelo menos cinco partidas, além de um banimento do estádio e uma multa de pelo menos CHF 20.000.

A discriminação é, pois, uma forma de se ferir a honra e dignidade de outro, sendo esta ofensa moral ou à honra conceituada como “Infração disciplinar praticada por pessoa natural através de palavras ou gestos por fato ligado ao desporto que atinge o sentimento da própria dignidade do ofendido ou contra a sua reputação, o bom nome e a estima do grupo social” (SCHMITT, 2016, p. 269). Além disso:

O sujeito ativo de tal infração pode ser qualquer pessoa envolvida pela jurisdição desportiva. O sujeito passivo da ofensa moral pode ser toda e qualquer pessoa física, inclusive a criança e o inimputável, pois como todo indivíduo devem ser respeitadas, ainda que não tenham consciência de seu direito à dignidade moral e social (SCHMITT, 2016, p. 271).

Nos dizeres de Schmitt (2016, p. 270) “É muito comum que as ofensas sejam proferidas em meio ao ambiente desportivo onde se desenvolvem os jogos, e nestes ambientes deve imperar o respeito mútuo entre os participantes da competição, e destes para com a comunidade em geral”.

Dito isto, é preciso analisar se, havendo um ato discriminatório praticado por torcedor, se haveria a responsabilização do clube/entidade desportiva respectivo. É fato notório que as torcidas, principalmente as organizadas, são as maiores responsáveis pelos danos e violências causadas no desporto. Estas torcidas, assim, na maioria das vezes financiada pelo respectivo clube.

Primeiramente, acerca da possibilidade de se atribuir ao clube mandante e os seus dirigentes a responsabilidade civil de natureza objetiva, com base no dever de segurança que incube ao fornecedor de serviços, o art. 14 do Estatuto do Torcedor determina que:

[...] sem prejuízo do disposto nos arts. 12 a 14 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes [...] (BRASIL, 2003).

O art. 19 do referido estatuto, por sua vez, determina que, além do clube

detentor do “mando de jogo” e seus dirigentes, a entidade organizadora da competição e seus dirigentes também devem responder, de modo solidário e objetivamente, sem a análise de culpa, pelos prejuízos que forem causados ao torcedor, em decorrência da existência de falhas de segurança no âmbito dos estádios ou em razão da inobservância dos deveres impostos no capítulo IV do Estatuto do Torcedor.

O art. 1º-A do Estatuto do Torcedor estabelece que:

Art. 1º-A A prevenção da violência nos esportes é de responsabilidade do poder público, das confederações, federações, ligas, clubes, associações ou entidades esportivas, entidades recreativas e associações de torcedores, inclusive de seus respectivos dirigentes, bem como daqueles que, de qualquer forma, promovem, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos (BRASIL, 2003).

Assim, seria possível, por estas razões, a aplicação de responsabilidade à entidade desportiva pelo ato discriminatório praticado pela sua torcida, haja vista a vinculação que há entre esta e aquela. O art. 13-A do Estatuto em estudo determinar que:

Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei:
[...]
IV - Não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com *mensagens ofensivas*, inclusive de caráter racista ou xenófobo;
[...]
VIII - não incitar e não praticar atos de violência no estádio, qualquer que seja a sua natureza; e [...] (BRASIL, 2003).

Posicionamentos em contrário, no entanto, defendem que a responsabilidade civil do clube, por ato praticado pela sua torcida, não deve ser entendida como sendo aplicável na modalidade objetiva, pois ausente previsão legal nesse sentido, além de que a ação do clube em promover o financiamento das torcidas não consegue configurar o requisito do nexo de causalidade, excluindo, assim, a possibilidade de responsabilização, nesse sentido (SANTOS, 2015, p. 68).

Nesse sentido, opondo-se à possibilidade⁴ de responsabilização por atos

⁴ “Inter pode ser denunciado por ato de racismo contra Fabrício no Beira-Rio [...]. Caso a denúncia seja confirmada, o Inter pode responder ao artigo 243-G do CBJD (Código Brasileiro de Justiça Desportiva)” (UOL ESPORTES, 2015).

discriminatórios praticados pelos torcedores, diz-se que:

[...] ressalta-se que, atualmente, o torcedor é protegido tão somente em razão da sua equiparação legal ao consumidor. A relação jurídica é formada entre o torcedor e o clube mandante. Sendo assim, o campo de aplicação do CDC, e da conseqüente responsabilidade objetiva, fica adstrito tão somente às dependências do estádio da entidade desportiva detentora do mando de jogo, com base no disposto no art. 14 do EDT (SANTOS, 2015, p.69).

Ademais, entende-se por ser cabível a responsabilização da entidade desportiva pelos atos em questão, praticados pela torcida e que discriminam os seus jogadores, em razão dos fundamentos expostos, pois as alterações advindas ao Estatuto do Torcedor ampliaram a competência da Justiça Desportiva no que diz respeito aos torcedores, devendo sempre prevenir a prática de violência, física ou moral, dentro dos estádios de futebol, inclusive.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que, após as análises legais e doutrinárias, interpretadas as demonstrações, ao longo do trabalho, vê-se a prática dos atos discriminatórios dos torcedores, seja em face dos jogadores adversários ou contra a torcida adversária, como fato imputável para os dirigentes da entidade desportiva, como uma forma de coibir futuros atos dos torcedores.

Se diz isto porque na legislação do direito desportivo, inclusive o Estatuto do torcedor, enfatiza-se a relação que há entre as entidades desportivas e a sua respectiva torcida, havendo, assim, a responsabilidade dos atos discriminatórios praticados pelos torcedores, dentro dos estádios de futebol, recaindo sobre as entidades desportivas responsáveis, tendo como embasamento o artigo 243-G do Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD).

No entanto, ainda subsistem posicionamentos em contrário, dizendo que a responsabilidade civil do clube não deve surgir, quando de ato praticado pela sua torcida, pois a ação do clube em promover o financiamento das torcidas não configurar a responsabilidade, excluindo, assim, a possibilidade de imputação e indenização, nesse sentido.

Entende-se por ser a forma mais correta a responsabilização, haja vista que

esta possibilitaria coibir a prática de futuros atos discriminatórios pelos torcedores, pelo que se poderia, de maneira, reflexa, incitar a uma melhor organização dos eventos por partes das entidades e dos demais responsáveis, para que o trâmite das atividades se dê de modo harmonioso.

REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito desportivo**: o desporto no ordenamento jurídico brasileiro. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3014.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BELMONTE, Alexandre Agra. Direito desportivo, justiça desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Grandes Temas - Direito Desportivo: uma visão trabalhista, p. 77-97, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://undimepr.org.br/documentos/constituicao_88.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: Senado Federal, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em 01 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.615**, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.672**, de 6 de julho de 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8672impresao.htm. Acesso em: 21 abr. 2017.

CONCEITO. DE. **Conceito de princípio**. Disponível em: <http://conceito.de/principio>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012 (Coleção saberes do direito; 1).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Martinho Neves. **O direito no desporto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PERRY, Valed. O direito desportivo. **Revista brasileira de direito desportivo**. Nº 1, semestral, p. 18. São Paulo: OAB-SP, 2002.

OBSERVATÓRIO DO FUTEBOL. A justiça desportiva e os casos de racismo no futebol brasileiro. In: **Observatório Racial Futebol**, 2016. Disponível em: <http://observatorioracialfutebol.com.br/a-justica-desportiva-e-os-casos-de-racismo-no-futebol-brasileiros/>. Acesso em: 04 maio. 2017.

SANTOS, Marcus Vinicius dos. **A responsabilidade civil do clube de futebol por danos causados por suas torcidas organizadas**. 2015. 78 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina: Santa Catarina, 2015.

SCHMITT, Paulo Marcos. **Código brasileiro de justiça desportiva e dicionário de direito desportivo**. São Paulo: iBookstore, 2016 [ebook]. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fenajd.cbf.com.br%2Fpt%2Ffiles%2Fdicionario_enajd.pdf&chunk=true. Acesso em: 28 abr. 2017.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. O direito desportivo como ramo autônomo do direito. In: **Revista Síntese de Direito Desportivo**, v. 3, p. 41-50, 2011.

SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. Manual de direito desportivo. In: **Sat Educacional**, 2017. Disponível em: <http://www.sateducacional.com.br/admin/cursos/uploads/demonstracao2final.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

SOUZA, Pedro Trengrouse Laignier de. Princípios de direito desportivo: In: CEV, 2013. Disponível em: <http://cev.org.br/biblioteca/principios-direito-desportivo/>. Acesso em: 15 abr. 2017.

UOL ESPORTES. Inter pode ser denunciado por ato de racismo contra Fabrício no Beira-Rio in: **UOL Esportes**, 2015. Disponível em: <https://esporte.uol.com.br/futebol/campeonatos/gaucho/ultimas-noticias/2015/04/03/inter-pode-ser-denunciado-por-ato-de-racismo-contra-fabricio-no-beira-rio.htm>. Acesso em 10 maio. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**: primeiras linhas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WAMBIER, Pedro. O direito desportivo e sua respectiva justiça: uma breve explicação. In: **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://pedrowambier.jusbrasil.com.br/artigos/113653255/o-direito-desportivo-e-sua-respectiva-justica-uma-breve-explicacao>. Acesso em: 14 abr. 2017.

APONTAMENTOS SOBRE A INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS

REFERRALS ON THE IMPROBITY OF THE ADMINISTRATIVE IMPROBIT LAW IN THE FACE OF POLITICAL AGENTS

EZEQUIAS FERREIRA DE LIMA*
LUCIANA VILAR DE ASSIS**

RESUMO

O presente artigo, de natureza básica, abordagem qualitativa e objetivo exploratório, busca analisar, à luz de uma pesquisa de cunho bibliográfico, a incidência da lei de improbidade administrativa em face dos agentes políticos, temática de grande divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Para tanto, desenvolvemos nossa pesquisa com base em 20 (vinte) autores, em 24 (vinte e quatro) obras, datados entre 2009 e 2016, levantando apontamentos considerados de maior relevância acerca do assunto em observação. Assim, iniciamos nosso estudo percorrendo sobre os crimes de responsabilidade, trazendo à tona as concepções do instituto com base na literatura científica corrente, abordando também a improbidade administrativa, a partir de seus conceitos balizados na moralidade e probidade. Penetrando no escopo da investigação, refletimos sobre a possibilidade de incidência da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, pondo em exposição o posicionamento doutrinário e jurisprudencial. Concluindo que há grande divergência permeando a temática, não existindo consenso na doutrina, tão pouco nos tribunais superiores. Assim, ainda não há como se afirmar com exatidão um posicionamento imperativo sobre o assunto proposto, mas levando-se em consideração que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da problemática, a eventual decisão ensejará a resolução da polêmica. Portanto, as contribuições desse trabalho é a reflexão da viabilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, de modo a reforçar e fomentar futuras pesquisas ao cenário acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de Responsabilidade. Improbidade Administrativa. Agentes Políticos. Entendimento Doutrinário. Posicionamento dos Tribunais Superiores.

ABSTRACT

The present article of a basic nature, qualitative approach and exploratory objective, seeks to analyze, in the light of a bibliographical research, the Incidence of the Law of Administrative Improbability in the face of political agents, thematic of great divergence in the doctrinal and jurisprudential scope. To do so, we developed our research based on 20 authors, in 24 works, dated between 2009 and 2016, taking notes considered more relevant about the subject under observation. Thus, we began our study on

* Aluno concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (Fesp), semestre 2017.1, e-mail: ezequiasferreiralima@gmail.com

** Mestre em Ciências Jurídicas, pela UFPB. Analista Judiciário do TJPB. Professora das Disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico, da Fesp Faculdades. E-mail: lvilar@ibest.com.br.

Responsibility Crimes, bringing to light the conceptions of the institute based on current scientific literature, also addressing Administrative Improbability, based on its concepts based on Morality and Probity. Penetrating the scope of the investigation, we reflect on the possibility of the incidence of the Administrative Improbability Law to the political agents, bringing the exposition the doctrinal and jurisprudential positioning. Concluding that there is great divergence permeating the thematic, there being no consensus in the doctrine, so little in the Superior Courts. Thus, there is still no way to assert with accuracy an imperative position on the proposed subject, but taking into account that the Federal Supreme Court has acknowledged the general repercussion of the problem, the eventual decision will lead to the resolution of the controversy. Therefore, the contributions of this work are the reflection of the feasibility of applying the Law of Administrative Improbability to the political agents, in order to reinforce and to foment future researches to the academic scene.

KEYWORDS: Responsibility Crimes. Administrative dishonesty. Political Agents. Doctrinal Understanding. Positioning of the Superior Courts.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, em razão dos numerosos escândalos eclodidos no cenário brasileiro, verificamos uma expressiva incredulidade da sociedade em seus agentes políticos, deixando, por vezes, a amarga sensação de impunidade, bem como evidenciado a incapacidade da justiça pátria em cumprir a sua função originária.

Nesta trilha, o presente artigo de natureza básica, abordagem qualitativa e objetivo exploratório, busca analisar, à luz de uma pesquisa de cunho bibliográfico, a incidência da lei de improbidade administrativa em face dos agentes políticos, temática de grande divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Nesta afinção, face à problemática esposada, sem finalidade de exaurir o tema em tela, faremos apontamentos considerados de maior relevância acerca do assunto em observação. Assim, começaremos nossa redação versando sobre os crimes de irresponsabilidade, trazendo à tona as concepções do instituto com base na literatura científica vigente. Em seguida, com fulcro na doutrina, abordaremos a improbidade administrativa, delineando os seus conceitos a partir da moralidade e probidade. Adentrando mais profundamente no objeto do trabalho, discorreremos sobre a possibilidade de incidência da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, trazendo à baila o posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Neste enredo, demonstrada a seriedade do tema, justificam-se pesquisas que tenham por escopo refletir sobre a viabilidade de aplicação da lei de improbidade

administrativa aos agentes políticos, com amparo na literatura jurídica e posicionamento contemporâneo dos tribunais superiores, de modo a sanar dúvidas, bem como trazer contribuições e incitar futuras pesquisas ao cenário acadêmico.

2 DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Inicialmente, faz-se necessário delinear as concepções sobre os crimes de responsabilidades que, segundo Bueno (2014, p. 1) [...], “São infrações político-administrativas previstas em lei com sujeito ativo próprio – agentes políticos. Tornar-se, como regra, uma forma de fiscalização do Executivo e Judiciário pelo Poder Legislativo”.

De acordo com Tavares (2010, p. 11), o artigo 85 do Carta Magna enumera os crimes de responsabilidades como:

[...] aqueles atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e contra a existência da União, o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do país, a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Nas palavras de Bueno (2014, p. 2):

[...] a CF também estabeleceu normas sobre os crimes de responsabilidade, que, por questões didáticas, podem ser divididas em dois grandes grupos: i) Normas Processuais: art. 52; art. 96, inciso III; art. 102, inciso I, alínea c, e art. 108, inciso I, alínea a todos da CF/1988; e ii) Normas Materiais: art. 29-A, §§ 2.º e 3.º; art. 50, caput e § 2.º; art. 85, inciso V; art. 100, § 7.º, e art. 167, § 1.º, todos da CF/1988.

Neste diapasão, em que pese os demais artigos em destaque, assevera Moraes (2012, p. 504):

A norma do art. 52 estipula duas sanções autônomas e cumulativas para as autoridades federais condenadas por crimes de responsabilidade: perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública (eletivas, confiança, derivadas de concurso público).

Já no plano infraconstitucional, em simetria com Tavares (2010), são de duas ordens as leis que regulamentam as infrações em relevo. A primeira, de cunho

municipal, é disciplinada pelo Decreto-lei nº 201/1967, já a segunda, de âmbito federal, é regulada pela Lei nº 1.079/1950.

Sobre o tema esclarece Bueno (2014, p. 2)

A Lei federal é aplicada para as condutas praticadas pelo Presidente da República, pelos Ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal, pelo Procurador Geral da República (art. 2.º, Lei 1.079/1950) e pelos Governadores e Secretários dos Estados (art. 74, Lei 1.079/1950). O Decreto-lei, por sua vez, foi direcionado aos Prefeitos e Vereadores, sujeitando-os a julgamento perante a Câmara Municipal.

Em síntese, de frente a todo o exposto, os crimes de responsabilidade são abarcados pela Lei nº 1.079/1950 e pelo Decreto-lei nº 201/1967, cuja competência deliberativa incumbe a casa legislativa correspondente, ensejando sanções como a perda dos respectivos mandatos e inabilitações para o desempenho de funções públicas.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 sobreleva no *caput* do seu artigo 37 a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência como princípios norteadores na administração pública, trazendo também, expressamente, em seu corpo, mais precisamente, em seu artigo 37, §4, o ato de improbidade administrativa, prescrevendo sanções oriundas da prática desta. Senão vejamos:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (BRASIL, 1988).

Entretanto, por força da atribuição quanto à disciplina da matéria concedida pelo poderconstituente originário ao legislador federal, é imperioso destacar que o tema somente foi regulamentado com a edição da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Contudo, como já salientado no tópico anterior, os atos de improbidade administrativa, no Brasil, já eram salvaguardados pela Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade dos agentes políticos na seara federal.

A Lei nº 8.429, no seu artigo 4º, reforça os princípios constitucionais dispondo que “[...] Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar

pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos” (BRASIL, 1992).

Já em seu artigo 9º, a aludida lei cataloga os atos de improbidade, como podemos observar no seguinte texto:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei (BRASIL, 1992).

Ademais, em consonância com Oliveira (2015), a CF/88 além de inovar no modo de controle da administração pública, roborou a independência do Ministério Público no sentido de desempenhar papel substancial na estabilização da lei em

comento.

Sobre o assunto corrobora Garcia e Alves (2013, p. 834), esclarecendo que a atividade dos autorizados à propositura da ação, precipuamente, do MP:

[...] vem estimulando a ideologia participativa, sendo frequentes as representações ofertadas por cidadãos noticiando a prática de atos de improbidade; os meios de comunicação social têm dispensado maior atenção ao tema, sendo comum a divulgação dos ilícitos e a cobrança de medidas eficazes a cargo das autoridades competentes; as investigações e o ajuizamento de ações certamente são sentidos pelos ímprobos, os quais se veem diante de um sistema normativo com potencialidade para coibir seus ilícitos e puni-los; e, ainda, são frequentes as recomendações à administração, o que, além de prevenir a prática de ilícitos, evita o deflagrar do desgastante processo de aplicação das sanções cominadas. Esses fatores, por certo, serão sopesados por ocasião do procedimento eletivo, momento adequado para uma paulatina depuração da estrutura organizacional do Estado.

Desta forma, denota-se a relevância da inovação trazida pela CF/88, no que diz respeito à fiscalização da administração pública, sendo igualmente significativo o advento da Lei nº 8.429 como instrumento de combate à corrupção, restando claro a importância de uma política de oposição à improbidade administrativa.

3.1 CONCEPÇÃO DE IMPROBIDADE

Na dicção de Silva (2009, p. 1095) o termo probidade deriva do latim *probitas* “[...] de *probus* (probo, honesto, honrado), entende-se a honestidade de proceder ou maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Assinala, portanto, o caráter ou a qualidade de probo. Revela a integridade de caráter, o procedimento justo”.

Já Neves e Oliveira (2014 *apud* LAUREANO, 2015, p. 336) registram que “[...] o vocábulo probidade, em digressão por sua raiz etimológica, vem do latim *probitate*, que significa aquilo que é bom, honrado, honesto, íntegro. Noutro vértice, improbidade deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade”.

Por seu turno, Pazzaglini Filho (2015, p. 39) elucida:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às

expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos. [...] De forma geral, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, caput da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), independentemente da geração de efetivo prejuízo ao erário.

Por sua vez, Silva (2013, p. 671) leciona que:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4.º). A *probidade administrativa* consiste no dever de o „funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Em suma, a moralidade administrativa reveste-se de um princípio imperativo que prescreve abstenção de conduta imoral a Administração Pública, possuindo tal moralidade caráter objetivo no hemisfério jurídico, como também íntima relação com os demais princípios de ordem constitucional.

3.2 DA MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A título inicial, cumpre diferenciamos a moralidade administrativa da probidade administrativa, já que há divergência doutrinária sobre a semelhança dos institutos. Consoante Di Pietro (2014, p. 901), fazendo-se um comparativo entre os institutos:

[...] pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro. [...] No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Já no entendimento de Garcia e Alves (2013) levando-se em consideração que a probidade administrativa abrange as condutas de caráter moral e variados princípios de cunho administrativo, possui mais amplitude do que a moralidade administrativa. Em harmonia com Pereira (2014), autores como José Afonso da Silva e Marcelo Figueiredo convergem entendimento no sentido de que a probidade é uma forma de expressão da moralidade, sendo, pois, corolários os princípios.

Como já assinalado no presente estudo, a moralidade administrativa é um princípio imperativo esculpido na CF/1988, notadamente, no caput em seu artigo 37. No discurso de Marinela (2012, p. 39) “[...] trata-se, pois, de um princípio que semeia sua carga valorativas demais princípios da administração pública, informando-os e regulando-os sob o aspecto ético aceito socialmente”.

Para Silva (2013, p. 672) a moralidade administrativa “[...] não é uma moralidade comum, mas moralidade jurídica. [...] a lei pode ser cumprida moral ou imoralmente, isso decorre do conteúdo jurídico que se obtém dos princípios da administração, sendo possível, pois, haver atos formalmente legais, porém, materialmente imorais”.

Por sua vez, Carvalho (2015, p. 68) pontifica:

Trata-se de princípio que exige a honestidade, lealdade, boa-fé de conduta no exercício da função administrativa, ou seja, a atuação não corrupta dos gestores públicos, ao tratar com a coisa de titularidade do Estado. Esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício da função pública de forma a atender as necessidades coletivas.

Corroborando Meirelles (2015, p. 91):

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput), não se trata da moral comum, mas da moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Nesta coerência, com base nos autores em destaque, depreendemos que compete aos gestores públicos o autoexame quanto aos seus atos, sob a égide da adequação, utilidade e equidade, tendo por escopo a moralidade administrativa.

Diante do que foi abordado na doutrina supra posta, é possível afirmar a similitude dos institutos da probidade e moralidade administrativa, excetuados quanto

a inobservância dos mesmos, uma vez que a improbidade sugere maiores dimensões se comparado com a imoralidade, que por seu lado, importa violação da probidade.

4 INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DOS AGENTES POLÍTICOS

Como bem delineado no tópico dos crimes de responsabilidades, os agentes políticos sujeitam-se a julgamento por infrações político-administrativas da seguinte forma: em se tratando de crimes de responsabilidade de âmbito federal, ou seja, aqueles cometidos pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e

Procurador Geral da República, Governadores de Estado e seus Secretários, são regidos pela Lei nº 1.079/1950). Em se tratando de crimes de responsabilidade praticado por Prefeitos e Vereadores, são de competência do Decreto-lei nº 201/1967.

Entretanto, a aplicação da Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) aos referidos agentes é um tema de grande polêmica e discordância no cenário jurídico. Desta forma, passaremos a investigar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial concernente a problemática, expondo entendimentos segundo a literatura jurídico-científica, bem como o posicionamento dos Tribunais Superiores pátrios, nesta ordem.

4.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS

Nas lições de Bueno (2014), a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos é o objeto contrastante na leitura doutrinária. Na elocução do autor, de uma face, a doutrina abraça:

[...] em parte, a decisão do STF na Reclamação 2138. Afirmam que não houve exceção constitucional tendente a excluir o regime da Lei 8.429/1992 dos agentes políticos, devendo responsabilizá-los por ambas as vias, mas em relação ao Presidente da República entendem haver norma de ordem material que equiparam os regimes – art. 84 da CF/1988. [...] Por outro lado, visualizam incompatibilidade processual, tendo em vista as normas de foro por prerrogativa para aplicação das sanções cíveis de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos. Com isso, para estes, a solução é o

reconhecimento do foro por prerrogativa de função assegurado nas ações penais às ações de improbidade (BUENO, 2014, P. 4).

Nas palavras de Zavascki (2011, p. 108):

[...] o que se conclui, em suma, é que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (sujeito, por força da própria Constituição, a regime especial), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, 4.º.” E continua. “o que há, inegavelmente é uma situação de natureza estritamente processual, que nem por isso deixa de ser sumamente importante no âmbito institucional, relacionada com a competência para o processo e julgamento das ações de improbidade, já que elas podem conduzir agentes políticos da mais alta expressão de perda de cargo e à suspensão de direito políticos.

Na mesma linha de raciocínio sustenta Osório (2010, p. 127) “[...] a superficialidade desta discussão decorre de um conceito tradicional e defasado de sanção administrativa, pois seria exigível que a Administração Pública estivesse no polo sancionador para caracterizar uma sanção como administrativa”.

Em sintonia com o literato supramencionado, a partir da análise da linha histórica do Direito Sancionador, pode-se concluir pela sua independência quanto ao componente subjetivo vinculado a participação da Administração Pública no processo de homologação. Assim, a Lei nº 8.429/92 descreve infrações inerentes à função pública:

[...] e, assim, substancialmente, adentra o chamado Direito da Função Pública, que pertence ao Direito Administrativo no plano material. [...] Por tais razões, vale reiterar este tópico, parece-nos que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei 8.429/1992, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* nas Constituições Federal e, quando for o caso, também na Estadual, hipótese dos Prefeitos Municipais, por exemplo (OSÓRIO, 2010, P. 128).

De outra face, Di Pietro (2014) ensina que uma distinta corrente doutrinária, com base na mesma fundamentação, assevera a possibilidade de indecência da duas espécies de regime de responsabilidade, com ressalva ao mecanismo processual, que no que se refere aos crimes de improbidade administrativa, devem ser processados em primeira instância, ensejando também o amingramento das

penalidades que versam sobre perda de cargo e suspensão dos direito políticos, como igualmente a mitigação da dualidade de regimes relacionado com o Presidente da República.

Neste sentido, posiciona-se Ramos Neto (2016):

[...] seria um absurdo que o crime de responsabilidade (que constitui ilícito mais grave) tenha competência privilegiada para julgamento e aplicação da pena de perda de cargo, e o ato de improbidade (que pode ser ilícito menos grave, porque nem sempre constitui crime) pudesse resultar também em perda do cargo importa por outro órgão que não o Senado Federal.

Na visão de Farias (2012 *apud* BUENO, 2014, p. 5) “[...] admitindo-se que agentes políticos estariam alforriados à incidência das regras constantes dos mencionados dispositivos, que punem a improbidade administrativa, ocorreria significativa quebra inteiramente injustificada desse princípio constitucional”.

Não obstante, Moraes (2012) salienta que é majoritário o entendimento da doutrina sobre a aplicabilidade integral da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, com tramite processual em primeira instância em razão da natureza civil da ilicitude, devendo o foro privilegiado ser aplicado extraordinária e especificamente a seara penal.

Portanto, abordado a possibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos à luz da doutrina, concluímos que é predominante na doutrina o entendimento de aplicação integral da referida norma disciplinadora. Deste modo, podemos dar continuidade a corrente pesquisa investigando o posicionamento dos Tribunais Superiores, a começar pelo Supremo Tribunal de Justiça.

4.2 POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De acordo com Bueno (2014), através da decisão do Supremo Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1.152.717, concluiu-se pela aplicabilidade da Lei 8429/92 aos agentes políticos ante a inexistência de proibição constitucional, excetuando, contudo, as peculiaridades inerentes ao Presidente da República, por força do artigo 85, inciso V da Carta Magna, que trata os crimes de improbidade administrativa praticados por este como crime de responsabilidade.

Destarte, é consolidado no STJ o entendimento retro mencionado, como passaremos expor nos seguintes julgados:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LIA. APLICABILIDADE A AGENTES POLÍTICOS. 1. O STJ firmou entendimento no sentido de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967. 2. Agravo Regimental não provido. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LIA. APLICABILIDADE A AGENTES POLÍTICOS. 1. O STJ firmou entendimento no sentido de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 426418 RS 2013/0370678-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/02/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2014).¹

Decisão do T1 – primeira turma do STJ:²

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. 1. A Lei nº 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1181291 RJ 2010/0031042-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 05/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/11/2013). Posicionamento da T1 – primeira turma do STJ:³

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. 1. É pacífico o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido da submissão dos agentes políticos municipais à Lei 8.429/1992. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 1283393 AL 2011/0224008-6, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 13/08/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013). Deliberação da T1 – primeira turma do STJ: ⁴

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES

¹ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24977067/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-426418-rs-2013-0370678-7-stj/inteiro-teor-24977068?ref=juris-tabs>. Acesso em 28 abr. 2017.

² Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24053621/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1283393-al-2011-0224008-6-stj>. Acesso em: 28 abr. 2017.

³ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24053621/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1283393-al-2011-0224008-6-stj>. Acesso em: 28 abr. 2017

⁴ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202275355/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-resp-1316294-rj-2012-0060658-9>. Acesso em: 28 abr. 2017.

POLÍTICOS. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, não implica o sobrestamento de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Superior Tribunal de Justiça admite "a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente" (REsp 1.282.046, RJ, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 27.2.2012).

3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AgRg no REsp 1316294 RJ 2012/0060658-9, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 16/06/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2015)

Julgamento da T2 - SEGUNDA TURMA do STJ:⁵

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. 1. Não há qualquer antinomia entre o Decreto- Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes. 2. Recurso especial provido.

(STJ - REsp 1292940 RJ 2011/0259811-5, Relator: ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 10/12/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2013)

Diante do exposto, resta claro o entendimento predominante da referida Corte quanto a aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos e a competência dos juízes de primeira instância em julgar a demanda, com exclusiva ressalva ao Presidente da República.

4.3 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em concordância com Ramos Neto (2016) o Supremo Tribunal Federal publicou em 28 de junho de 2013: “[...] o Acórdão referente ao processo n°. 683.235/PA, o qual trouxe à tona uma discussão já ocorrida anteriormente naquela Corte, quando do julgamento da Reclamação n°. 2.138/DF, em 2008”. Em síntese, foi

⁵ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24822717/recurso-especial-resp-1292940-rj-2011-0259811-5-stj>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

despertado o entendimento da não aplicabilidade da Lei 8.429/92 aos agentes políticos, por possuírem regime próprio abarcado em legislação específica.

Nesta senda, a Suprema Corte reconheceu a repercussão geral sobre o tema, senão vejamos:

EMENTA:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. AGENTE POLÍTICO. DESVIO E APLICAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS DO FUNDEF. LIBERAÇÃO DE VERBAS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. FRAUDE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS. DESNECESSIDADE DE LESÃO PATRIMONIAL AO ERÁRIO PARA CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE VIOLE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. 1. O STF entendeu, na Reclamação n. 2.138, que os agentes políticos, por serem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas, apenas, por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante a Corte, nos termos do art. 102, I, c, da CF. 2. A decisão proferida na Reclamação n. 2.138, contudo, não possui efeito vinculante nem eficácia erga omnes, não se estendendo a quem não foi parte naquele processo, uma vez que não tem os mesmos efeitos das ações constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade. 3. Os Prefeitos Municipais, ainda que sejam agentes políticos, estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, conforme o disposto no art. 2º dessa norma, e nos artigos 15, V, e 37, § 4º, da Constituição Federal. Também estão sujeitos à ação penal por crime de responsabilidade, na forma do Decreto-Lei nº. 201/67, em decorrência do mesmo fato. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 4. Configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 9º, X e XI, da Lei nº 8.429/92, a vantagem econômica, de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de Supremo Tribunal Federal. 5. Configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 10, I e IX, da Lei nº 8.429/92, providenciar o pagamento a pessoas que prestavam serviços de forma irregular e ordenar despesas relacionadas à obra não realizada, porquanto foram liberadas verbas públicas sem a estrita observância das normas pertinentes ao concurso público e ao processo licitatório. 6. Configura ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, contribuir para fraudar licitação. 7. Para a configuração do ato de improbidade administrativa que importe violação a princípios administrativos, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a prova da lesão ao erário público, pois basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente do STJ (RESP 884083/PR). 8. As provas carreadas aos autos demonstram os atos de improbidade administrativa, acarretando a aplicação indevida e o desvio de recursos do FUNDEF. 9. Recurso de apelação não provido”. (STF - RG ARE: 683235 PA - PARÁ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 30/08/2012, Data de Publicação: DJe-074 22-04-2013)

Continuação da ementa:

[...] opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Narra o recorrente que o Ministério Público Federal ajuizara ação civil por ato de improbidade administrativa, com sentença de procedência dos pedidos mantida em

acórdão do TRF da 1ª Região, para condenar o ex-Prefeito de Eldorado dos Carajás/PA nas sanções dos arts. 9º, X e XI, 10 e 11, I, da Lei nº 8.429/92. No recurso extraordinário, sustenta, em síntese, ter havido "(...) clara ocorrência de bis in idem, porque as condutas atribuídas ao recorrente devem ser julgadas somente sob o manto da Lei de Responsabilidade (Dec-Lei nº 201/67), não se submetendo aos agentes políticos a lei de improbidade". Aduz, ainda, ofensa aos arts. 5º, II, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República. Apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, na forma do art. 543-A, § 2º, do CPC. 2. Presentes os requisitos formais de admissibilidade, conheço do agravo e passo à análise do recurso extraordinário. A questão suscitada no recurso versa sobre a possibilidade de processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92. Não se desconhece que esta Corte, no julgamento da Rcl nº 2.138 (Rel. Min. NELSON JOBIM, Plenário, DJe de 18.4.2008, Ementário nº 2315-1), decidiu haver distinção entre o regime de responsabilidade dos agentes políticos e o dos demais agentes públicos. Julgo, todavia, ser, mais que oportuna, necessária deliberação desta Corte sobre a possibilidade de extensão dos fundamentos adotados no precedente ao caso de que ora se cuida, porquanto cada uma dessas causas versa sobre autoridades públicas diferentes (Ministros de Estado e Prefeitos), normas específicas de regência dos crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967) e regramento constitucional próprio de cada autoridade. E tem sido frequentes recursos acerca da mesma matéria, de intuitivo interesse político e social. Ademais, ressalto o fato relevante de que a Rcl nº 2.138 foi decidida por escassa maioria de apenas um voto, sem que cinco dos atuais Ministros, AYRES BRITTO, RICARDO LEWANDOWSKI, DIAS TOFFOLI, LUIZ FUX e ROSA WEBER, tenham votado sobre o mérito, em razão de já o terem feito os antecessores. A questão, portanto, transcende os limites subjetivos da causa, apresentando relevância política, jurídica e social, de modo que sua decisão produzirá inevitável repercussão de ordem geral. (STF - RG ARE: 683235 PA - PARÁ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 30/08/2012, Data de Publicação: DJe-074 22-04-2013).

Sobre a temática dilucida Bueno (2014), aclarando que na deliberação sobre a Reclamação nº 2138 publicada em 18/04/2008, o STF já havia decidido pela não incidência da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos regidos pelos crimes de responsabilidade, como podemos observar na ementa abaixo:

EMENTA

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I. 2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que

integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (STF - Rcl: 2138 DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094)⁶

Desta feita, podemos concluir do julgado acima transcrito a impossibilidade de aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos sujeitos a Lei de Crimes de Responsabilidade, com fundamento no não reconhecimento da Constituição Federal de 1988 das duas categorias de regimes.

Neste sentido, posicionou-se o ministro Gilmar Mendes na Reclamação 2.138:⁷

⁶ Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df>. Acesso em: 30abr. 2017.

⁷ (STF, Rcl 2.138, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 10.04.2008).

[...] improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4.º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4.º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótesedo art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. Reclamação julgada procedente.

Consoante Bueno (2014) pode-se chegar a duas conclusões lógicas do aludido texto. A primeira, consiste na incompatibilidade do recaimento da Lei nº 8.429 sobre agentes políticos, que por sua vez são regidos quanto a responsabilidade político-administrativa, pela via especial da Lei nº 1.079/50. A segunda, diz respeito a inaptidão dos juízes de primeiro grau quanto ao processamento e julgamento das ações relacionadas com a improbidade administrativa que envolvam os agentes políticos que gozem de prerrogativa de foro de competência deliberatória originária do STF.

Todavia, do ponto de vista de Zavascki (2011), os votos discordes atestam a não existência de identidade entre os regimentos, possuindo maior amplitude a lei de improbidade administrativa em relação a lei de crimes de responsabilidade, convergindo, contudo, quanto a inadmissibilidade de magistrados de primeira instância determinarem a supressão do cargo, bem como suspensão dos direitos

políticos dos agentes dotados de privilégios de apanágio constitucional. Na locução do próprio Ministro:

[...] um ponto comum pode ser identificado nas duas correntes: implícita ou explicitamente, ambas reconhecem e procuram superar a perplexidade de submeter agentes políticos detentores dos cargos de maior nível institucional e de responsabilidade política do País (que, em matéria penal, têm foro por prerrogativa de função, mesmo por crimes que acarretam simples pena de multa pecuniária) à possibilidade de sofrerem sanção de perda do cargo ou de suspensão de direitos políticos em processo de competência de juiz de primeiro grau. Ainda quando subordinada a aplicação da pena ao trânsito em julgado, o processo nem sempre teria condições de ser apreciado pelos Tribunais Superiores, cuja competência é restrita a hipóteses de ofensa à Constituição (STF) ou às leis federais (STJ), sendo-lhes vedado o reexame dos fatos da causa. [...] Cada corrente dá a esse problema solução a seu modo: uma simplesmente imuniza os agentes políticos da aplicação da Lei de Improbidade e a outra afasta ou mitiga a aplicação das sanções mais graves, acima indicadas. [...] Certamente por influência dessa preocupação comum, há nas duas correntes a invocação cumulativa de elementos argumentativos de natureza substancialmente diferente: fundamentos de ordem instrumental (regime de competência para julgar a ação de improbidade ou o crime de responsabilidade) são trazidos para sustentar conclusões de natureza material (duplicidade do regime jurídico do ilícito, sua tipificação e seus agentes). Percebe-se, outrossim, que disposições normativas infraconstitucionais, especialmente as da Lei 1.079/50, são reiteradamente invocadas como elementos de argumentação para interpretar o sistema sancionador constitucional, invertendo, de certo modo, o sentido da hierarquia das normas, que deve ser vertical, mas de cima para baixo, e não o contrário (ZAVASCKI, 2011, P. 1).

Face a todo o exposto, denota-se a acentuadas discussões acerca do tema, não existindo consenso na doutrina, tão pouco nos Tribunais Superiores. Assim, ainda não há como se afirmar com exatidão um posicionamento imperativo sobre o assunto proposto, mas como já sobrelevado do decorrer do presente artigo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da problemática, que aguarda julgamento na referida Corte, ensejando a eventual decisão a erradicação da polêmica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na trajetória do nosso estudo levantamos apontamentos reputados imprescindíveis ao tema em relevo, iniciando a pesquisa percorrendo sobre os crimes de responsabilidade, elevando sua concepção com respaldo na literatura jurídico-científica vigente, apresentando, posteriormente, o conceito de improbidade

administrativa na perspectiva da moralidade e probidade, sendo possível asseverar a similitude dos institutos, excetuados quanto a inobservância dos mesmos, uma vez que a improbidade sugere maiores dimensões se comparado com a imoralidade, que por seu lado, importa violação da probidade.

Assim, atingimos objetivo do corrente estudo quando realizamos através uma pesquisa de natureza básica, qualitativa, exploratória e bibliográfica, observações julgadas relevantes sobre a aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, mediante suportedoutrinário e jurisprudencial.

Foi conclusivo que existe calorosa discussão e divergência sobre assunto entre os doutrinadores e os tribunais superiores, não se podendo confirmar com precisão a corrente predominante, uma vez que a problemática aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal, que por seu turno, de forma oposta ao Supremo Tribunal de Justiça, posiciona-se no sentido de inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, reconhecendo a Suprema Corte, em razão da transcendência dos limites abstratos da questão, a repercussão de ordem geral.

Deste escore, através de anotações realizadas no decorrer da pesquisa, no que tange a oportunidade de aplicação da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, damos nossa contribuição sobre tema a comunidade científica, incentivando também posteriores futuras pesquisas.

A título de conclusão, salientamos que mesmo diante de uma impossibilidade transitória de posicionamento dominante sobre a temática, através do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da repercussão geral da problemática, a ocasional deliberação da aludida Corte oportunizará a resolução da controvérsia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://undimepr.org.br/documentos/constituicao_88.pdf. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 201**, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a

responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 25 abr. 2017.

BUENO, Jorge Arbex. Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4138, 30 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33266>. Acesso em: 3 maio 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Albagli Alexandre; GHIGNONE, Luciano taques. **Estudos sobre improbidade administrativa** em homenagem ao Professor J.J Calmon de Passos. Editora: Juspodivm, Salvador: 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LAUREANO, Leonardo Marcio. **Elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa: a (in) aplicabilidade da culpa e do dolo**. Revista da ESMESC, v. 22, n. 28, p. 333-350, 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/132/111>. Acesso: em 26 abr. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Freneson Bento de. **A impossibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa Lei 8429/92 aos agentes políticos**. Caicó: UFRN, 2015. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/1792/1/Artigo%20Improbidade.pdf>. Acesso: em 23 abr. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

PEREIRA, Amadeus Rodrigues. **Assédio moral no serviço público**: um ato de improbidade administrativa, João Pessoa – PB, 2014. Disponível em:<http://biblioteca.jfjb.jus.br/arquivos/producao%20intelectual/servidores/Assedio%20Moral%20no%20Servico%20Publico%20Um%20ato%20de%20Improbidade%20Administrativa.pdf>. Acesso: 25 em abr. 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2015.

RAMOS NETO, Severino Medeiros. **Da inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, segundo a jurisprudência do supremo tribunal federal**: uma controvérsia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 147, abr.2016. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17078&revista_caderno=4. Acesso em maio 2017.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TAVARES, Carollina Rachel Costa Ferreira. **Os crimes de responsabilidade dos agentes políticos por atos de improbidade administrativa**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/249>>. Acesso em: 3 de maio 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Sujeito ativo do ilícito**. Processo coletivo. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

**CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
CONSIDERAÇÕES SOBRE O ASSUNTO À LUZ DA LEI Nº. 8.666/1993****EXHORTATIVE CLAUSES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS:
CONSIDERATIONS UNDER THE LAW N. 8.666/1993**FELIPE SILVESTRE PORDEUS*
LUCIANA VILAR DE ASSIS****RESUMO**

O estudo tem por objetivo elaborar uma análise acerca do regime jurídico dos contratos no âmbito da administração pública, com base na teoria geral dos contratos, a qual dispõe sobre os aspectos inerentes às relações contratuais. O tema abordado foi conduzido nos termos da Lei n. 8.666/1993 – que instituiu normas gerais de licitações e contratos para a administração no âmbito público. O regime jurídico dos contratos administrativos é definido com base na observação dos princípios que lhes são inerentes, os quais devem ser regulamentados por meio do ordenamento jurídico pátrio. Estando estes aspectos formais inseridos na Constituição Federal de 1988. Os contratos firmados pelo ente administrativo distinguem-se, sendo denominados por contratos administrativos (públicos) e contratos privados (particulares). No primeiro verifica-se a hegemonia da administração em detrimento do particular, tendo em vista que se almeja o alcance de um interesse público. Em seu turno, no segundo tipo de contrato, a administração encontra-se equiparada ao particular. Os contratos administrativos possuem seu fundamento nos contratos em geral, porém, sua forma enfatiza prioritariamente às demandas dos negócios públicos estabelecidos, com balizamentos de extrema rigidez, fundada por aspectos formais, entretanto, os mesmos se caracterizam por possuir autonomia e obrigações embasadas na vantagem do poder público sobre o particular na própria diversidade do interesse público. Regulamentam-se pelo direito público, sendo postas em prática, de forma complementar, por normas do direito privado que correspondam aos interesses públicos. O presente estudo foi elaborado com base em uma pesquisa de cunho bibliográfico, onde foram utilizados livros, artigos, dentre outras publicações para embasar teoricamente o artigo ora exposto.

* Bacharel em Direito pela FESP Faculdades. E-mail: felipepordeus@gmail.com

** Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento, João Pessoa, PB. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direito Econômico, João Pessoa, PB. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, PB. Graduada em Letras pela Universidade Federal da Paraíba, Cajazeiras, PB. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Professora de Direito das disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico na Instituição de Ensino Fesp Faculdades, João Pessoa, PB. Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos e, Direito Ambiental e Urbanístico da Universidade Federal da Paraíba e CNPq. E-mail: lucyvilar@hotmail.com.

PALAVRAS CHAVE: Administração Pública. Contratos Administrativos. Lei nº 8.666/1993. Regime Jurídico. Cláusulas Exorbitantes.

ABSTRACT

The study aims to elaborate an analysis of the legal regime of contracts within the scope of public administration, based on the general theory of contracts, which deals with aspects inherent to contractual relations. The topic addressed was conducted under the terms of Law n. 8666/1993 – which instituted general rules for public bidding and contracts for administration. The legal regime of administrative contracts is defined based on the observation of the principles inherent to them, which must be regulated through the national legal system. These formal aspects are included in the Federal Constitution of 1988. The contracts signed by the administrative entity are distinguished, being called administrative contracts (public) and private contracts (private). In the first, there is the hegemony of the administration in detriment of the private, considering that it aims to reach a public interest. In turn, in the second type of contract, the administration is equated with the private. Administrative contracts are based on contracts in general, however, their form emphasizes primarily the demands of established public businesses, with extremely rigid guidelines, based on formal aspects, however, they are characterized by having autonomy and obligations based on the advantage of public power over the particular in the very diversity of the public interest. They are regulated by public law, being put into practice, in a complementary way, by rules of private law that correspond to public interests. The present study was elaborated based on a bibliographic research, where books, articles, among other publications were used to theoretically support the article here exposed.

KEYWORDS: Public Administration. Administrative Contracts. Law No. 8.666/1993. Legal regime. Exorbitant Clauses.

1 INTRODUÇÃO

As demandas administrativas exigem que o Estado realize pactos negociais com terceiros, seja para construir um prédio, contratar serviços de vigilância e limpeza, adquirir bens ou delegar atividades. Para poder estabelecer esses pactos, o poder público precisará formalizar uma relação negocial através de um contrato, o qual, diante do regime jurídico-administrativo, é influenciado por normas de direito público.

Nesse sentido, os contratos firmados entre particulares e a administração se submetem a regras específicas, as quais geram determinadas prerrogativas ao contratante, no caso, os entes federativos, sejam eles União, estados, municípios ou Distrito Federal. Em tal sentido, destaca-se que o tema abordado no estudo em questão foi conduzido nos termos da Lei nº 8.666/1993, que instituiu normas gerais

de licitações e contratos para a administração no âmbito público e definiu contrato administrativo como sendo todo e qualquer ajuste entre órgãos e entidades da administração pública e particulares, havendo acordo de vontades para a formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Com vistas ao exposto, a presente pesquisa teve como objetivo geral elaborar uma breve análise acerca do regime jurídico dos contratos no âmbito da administração pública, com base na teoria geral dos contratos, a qual dispõe sobre os aspectos inerentes às relações contratuais. No tocante ao objetivo específico, buscou-se identificar as principais características das cláusulas dos contratos administrativos, com foco maior nas denominadas cláusulas exorbitantes (art. 58, da Lei nº 8.666/93). Em relação ao percurso metodológico, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, além de jurisprudências pertinentes ao tema aqui abordado.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS GERAIS

Não há uniformidade na doutrina acerca do conceito de contrato administrativo. Entretanto, Carvalho Filho (2016) defende a existência de um conceito genérico, que envolve dois conjuntos, quais sejam: os contratos administrativos e os contratos privados firmados pela administração. Para o referido autor, no tocante aos contratos administrativos, impera a plena realização do interesse público, em detrimento da disponibilidade vontade que norteia os contratos privados, onde as partes possuem ampla liberdade para contratar.

Justen Filho (2016), a respeito do tema, afirma que a expressão contrata administrativa indica um gênero que comporta, pelo menos, três espécies, a saber: a) contratos administrativos propriamente ditos (ex.: contrato de obra pública); contratos de direito privado praticados pela administração (ex.: contrato de seguro ou locação) e contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas (ex.: concessão de serviço público).

A variedade de classificações advém da dificuldade de estabelecer um tratamento único às relações negociais pactuadas pela administração. Assim, contrato administrativo seria aquele em que há uma maior incidência das regras de direito público, com suas prerrogativas e restrições para a administração, conquanto, nos

contratos privados da administração, o poder público firmaria negócios regulados, predominantemente pelo direito privado, situando-se no mesmo plano jurídico da outra parte, sem deter, como regra, as prerrogativas e restrições determinadas pelo regime jurídico público aos contratos administrativos.

Pode-se afirmar que contrato, de maneira sucinta, se configura em um vínculo jurídico firmado entre sujeitos, sendo um pacto de vontades, que origina obrigações, bem como direitos recíprocos. Doutrinadores como Di Pietro (2016) e Meirelles (2016) concordam que os contratos administrativos envolvem a hegemonia do interesse público em detrimento do privado, sendo, em sua maior parte, contratos com fins de concessão, seja de serviço público, ou de uso de bem público, de obra pública, somando-se a estes, os contratos de fornecimento em geral e de prestação de serviço público.

A Lei nº. 8666/93, art. 2º, Parágrafo Único, conceitua contrato administrativo como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” (Brasil, 1993). Portanto, os contratos e se regulam pelos preceitos de direito público.

Meirelles (2016) define contrato administrativo como sendo o acordo que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, de acordo com regime jurídico de direito público. Tal regime tem por baliza fundamentos, princípios e normas que disciplinam o desempenho de atividades voltadas ao interesse da coletividade, nesse sentido, determinadas prerrogativas colocam a administração em situação de supremacia ante os particulares.

2.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONTRATO DE DIREITO PÚBLICO E CONTRATO DE DIREITO PRIVADO

Faz-se mister salientar que a tipificação e a diferenciação entre o contrato regido pelo direito privado do contrato regido pelo direito público é a hegemonia da administração na relação jurídica, a qual tem o poder de estabelecer as condições iniciais do ajuste. “Desse privilégio administrativo na relação contratual decorre para

a Administração a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes do Direito Comum” (MEIRELLES, 2016, p. 209).

Gasparini (2012, p. 762), em consonância com os demais doutrinadores, define contrato administrativo como “o ato bilateral regido pela Administração Pública, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser regulamentadas pelo Estado com ressalvas para os interesses patrimoniais do contratante particular”. Importa invocar Bacellar Filho e Mota (2011, p. 132) quando, do esclarecimento em relação à função social do contrato, ressaltam que:

O contrato administrativo não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria contrato. Como consectário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia, temperada pela função social do contrato, constitui elemento imprescindível a ser observado em qualquer avença. Do mesmo modo, os princípios *Lex inter partem* e *pacta sunt servanda* fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado. Neste passo mostra-se evidente que o instrumento do contrato há de sujeitar-se aos ditames da lei, companheira inseparável do administrador contratante, sempre em perspectiva coletiva e que as obrigações contratadas também haverão de postar-se submissas ao conjunto normativo. Afinal, ao administrador não se lhe confere nenhuma liberdade, antes, um espaço de atuação dentro da lei.

De forma geral, para que os contratos possam ter seus efeitos plenos, estes devem observar e cumprir determinados princípios inseridos na teoria geral dos contratos, uma vez que, como propagado na seara jurídica, ferir um princípio é pior que violar uma regra. Nesta senda, Diniz (2016, p. 30) afirma que os princípios norteadores dos contratos são: “princípio da autonomia da vontade; princípio do consensualismo; princípio da obrigatoriedade da convenção; princípio da relatividade da convenção; princípio da boa-fé”.

Há duas premissas básicas que se destacam no contrato administrativo, a saber: a presença da administração pública em um dos polos e essa mesma administração em posição de supremacia em relação ao particular (NÓBREGA, 2015). Desse modo, a celebração de um contrato por parte da administração é condição necessária, porém, não suficiente, para configurar um contrato administrativo, nesta tangente, salienta-se que:

[...] Isso porque podem ser celebrados os chamados contratos da administração que seriam aqueles nos quais a Administração abriria mão da supremacia do poder público e contrataria com o particular numa relação juridicamente igual. Como exemplo, podemos citar contratos de seguros de

veículos, leasing, franchising, aluguel de imóveis, comodato, dentre tantos outros (NÓBREGA, 2015, p. 44).

Di Pietro (2016) destaca que no contrato administrativo existe uma oferta feita, em geral, por meio do edital de licitação, a toda coletividade. Dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a vontade contratual unitária (primeiro elemento).

A autora, ainda, ressalta que os interesses e finalidades visados pela administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a administração quer a prestação adequada do serviço, por sua vez, o particular objetiva o lucro (segundo elemento). Além disso, cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito a obrigações convencionadas (terceiro elemento). Por sua vez, no que se refere à finalidade do contrato administrativo, insta registrar o que Oliveira (2015, p. 2-3) aduz:

A finalidade pública é característica essencial dos contratos administrativos. Nessa esteira, jamais pode deixar de ser observada, sob pena de se configurar violação aos princípios norteadores da atividade administrativa. Além disso, os contratos administrativos são consensuais, uma vez que se aperfeiçoam no momento da manifestação da vontade. Assim, se diferenciam dos contratos reais, que dependem da entrega do bem para se concretizarem. Diz-se, também, de sua natureza de contrato de adesão, haja vista que é a Administração quem estabelece previamente as condições do negócio. Diferem-se, portanto, da regra dos contratos privados que, em sua maioria, permite a discussão das cláusulas contratuais.

Os contratos administrativos, portanto, têm por finalidade única o atendimento do interesse público. Tal escopo deve ser buscado, ainda que indiretamente, como aduz Di Pietro (2016, p. 265):

Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado; às vezes, pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a Administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos

da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do Poder Público.

Meirelles (2016) pontua que os contatos administrativos são regidos pelas regras e princípios de direito público, ou seja, pelo regime jurídico-administrativo. Este regime impõe a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, inclusive com a presença de cláusulas consideradas exorbitantes em relação ao direito comum.

O contrato pode ser qualificado da seguinte forma: a) por ser um negócio jurídico para que seja concretizado o contrato impõe o acordo de vontades, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei; b) participação do poder público de forma hegemônica; c) consensual, por se tratar de um acordo de vontades; d) oneroso; e) comutativo; f) tem natureza personalíssima (*intuitu personae*) (LEITE, 2011).

Sendo assim, pode-se inferir que o contrato apenas pode ser executado pelo contratado. Além dessas qualificações internas, o contrato administrativo possui também uma importante característica externa, ou seja, a exigência, via de regra, de prévia licitação, com fulcro na lei 8.666 de 1993. Sendo este procedimento dispensável apenas nos casos estabelecidos em lei.

O art. 22, inciso XXVII da Carta Maior estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas ou indiretas obedecendo o art. 37, inciso XXI da Carta Maior, e ainda para as empresas públicas e sociedades de economia mista os termos do art. 173, primeiro parágrafo, inciso III (BRASIL, 1988). Observa-se que tal norma constitucional tem eficácia limitada, sendo regulamentada através da lei n. 8.666/93, que fixou normas gerais para os entes políticos e normas específicas apenas para União e demais entes federais.

Diante do exposto, faz-se importante registrar que, sendo o contrato um dos principais tipos de negócio jurídico, é necessário para a sua validade o declarado no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não, constante em lei. Depreende-se do referido artigo que será necessária a presença dos requisitos subjetivos e objetivos, este último se remete ao objeto do contrato, além de formais (concernentes à forma do

contrato), para a validade do contrato. Nessa tangente, aduz Meirelles (2016, p. 207) que:

[...] Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados regidos pela Administração) ou com adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos).

Nesse sentido, justifica-se o motivo que leva a teoria geral do contrato a estabelecer regras, seja para os contratos privados, ou para os contratos públicos (dos tipos administrativos, bem como os acordos internacionais). Não obstante, é importante ratificar que os contratos públicos são regulados por normas e princípios do direito público, onde o papel do direito privado é tão somente acessório, nunca podendo este substituir ou contrapor as regras privativas da Administração (MEIRELLES, 2016).

No que toca às características do contrato administrativo, Oliveira (2015) menciona a natureza *intuito personae* (contrato personalíssimo), uma vez que são consideradas as condições pessoais do contratado, ou seja, tal característica decorre da realização do próprio procedimento licitatório, vez que tais procedimentos têm por finalidade atender a requisitos voltados para escolhido da proposta mais vantajosa à administração.

3 CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A incidência do regime jurídico de direito administrativo traz algumas características peculiares ao contrato na seara pública, já que nele a administração atua com restrições e com prerrogativas extraordinárias que a colocam em um patamar de superioridade em relação à parte contratada.

3.1 DAS CLÁUSULAS ESSENCIAIS E FACULTATIVAS

As cláusulas necessárias, também chamadas de essenciais, são aquelas que devem, obrigatoriamente, estar previstas em um contrato administrativo. “Tais cláusulas se encontram listadas nos incisos I, II, III, IV e VII do artigo 55 da Lei n.º

8.666/93 e, sua ausência, descaracteriza o contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 823).

Conforme a doutrina, em relação às cláusulas de um contrato administrativo, vigora o princípio da conformidade do contrato ao ato convocatório. Por isso, as regras do art. 55 são dirigidas antes ao elaborador do ato convocatório do que ao redator do instrumento contratual (JUSTEN FILHO, 2016). Não devem existir, portanto, surpresas e incompatibilidades entre o contrato e o ato convocatório anterior, nesse diapasão, Oliveira (2015, p. 11) esclarece que:

A teor do já citado artigo, deve, necessariamente, haver previsão contratual em relação ao objeto do contrato e suas características, regime de execução ou forma de fornecimento, preço e condições correlatas, prazos de execução, direitos e responsabilidades das partes. Em muitos casos, todavia, esses itens possuem regulamentação prévia e geral já no ato convocatório, restando ao contrato a delimitação concreta e pormenorizada dos temas.

Com relação ao objeto do contrato, segundo a doutrina, este pode ser imediato e mediato. Por imediato entende-se a conduta humana de dar, fazer ou não fazer, enquanto o objeto mediato abrange o bem jurídico sobre o qual recai a conduta de dar, fazer ou não fazer (JUSTEN FILHO, 2016). A fixação deste item, de acordo com o Tribunal de Contas da União, deve ser clara e precisa, de modo a viabilizar um efetivo controle de qualidade no momento da entrega da coisa ou da prestação do serviço (TCU, Acórdão n. 68/2007. Rel. Min. Aroldo Cedraz).

Em relação ao preço e suas condições de pagamento e de reajuste, deve haver estipulação geral já no corpo do instrumento convocatório, conforme estipula o artigo 40, inciso XIV, da lei nº 8.666/93 (OLIVEIRA, 2015). Prevê o artigo, ainda, a necessidade de disposição sobre o reajuste contratual nos pactos com previsível decurso de prazo superior a doze meses.

Justen Filho (2016) considera que, não havendo previsão expressa nesse sentido e, ultrapassado o mencionado prazo, o particular tem direito a uma compensação pela variação de preços produzida pela inflação. No entanto, a ausência de previsão contratual impede a aplicação do reajuste. Nesse caso, a solução será a recomposição da equação econômico-financeira por meio da revisão de preços. O particular manterá o direito à compensação pelas perdas derivadas da inflação.

Os prazos estabelecidos para execução do contrato podem ser divididos em diversas fases, bem como incluir tempo razoável para a avaliação do serviço ou obra e para o exercício do controle de qualidade por parte da administração (OLIVEIRA, 2015). Por sua vez, os direitos e responsabilidades das partes necessitam de previsão expressa, quando não se incluírem no rol de direitos e deveres inerentes ao regime jurídico dos contratos administrativos.

As cláusulas facultativas são aquelas cuja previsão se sujeita à vontade das partes contratantes, podendo ou não estar presentes no instrumento. Nos dizeres da doutrina, as cláusulas elencadas nos incisos do já mencionado artigo 55, excluídos os casos de cláusulas necessárias, abrangem as hipóteses dispensáveis ou facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato (JUSTEN FILHO, 2016)¹.

3.2 DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

O regime jurídico dos contratos administrativos confere à administração prerrogativas que a colocam em um patamar relativamente superior na relação contratual formada. Tais prerrogativas são autorizadas pela Lei nº 8.666/93 e devem ser exercidas nos estritos limites estabelecidos por tal estatuto licitatório.

Igualmente, a utilização dessas prerrogativas deve sempre atender ao interesse público e respeitar os princípios que norteiam o regime jurídico-administrativo, como a proporcionalidade e razoabilidade. Portanto, a condição de desigualdade contratual estabelecida em lei a favor da administração não pode ser ampliada arbitrariamente pelo gestor.

As cláusulas exorbitantes, sob a ótica de Di Pietro (2016), são aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a administração) em relação à outra; elas colocam a administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Essas prerrogativas atribuídas à administração pública, no momento da

¹ Oliveira (2015) destaca que são consideradas facultativas as seguintes previsões contratuais: respaldo orçamentário, garantias, direitos e responsabilidades das partes, penalidades, casos de rescisão, reconhecimento dos direitos da Administração em caso de rescisão administrativa, taxa de câmbio, vinculação ao edital, legislação aplicável à execução do contrato e aos casos omissos, manutenção das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, e foro contratual.

celebração de um contrato administrativo, possuem como escopo, qual seja: o de privilegiar o interesse público, motivo pelo qual, presentes os pressupostos normativos, a inovação jurídica será um dever (JUSTEN FILHO, 2016). Assim, a administração, em sua gestão, deve priorizar a coletividade atuando em prol do interesse público, visando assegurar o direito a prestação de serviços de qualidade, por exemplo.

Diniz (2016) assinala que a imposição da vontade da administração sobre o administrado é concretizada por meio de dispositivos contratuais denominados cláusulas exorbitantes. Sob tal prisma, o art. 58 da lei nº 8.666/93 enumera as seguintes prerrogativas do contratante: a) modificação unilateral do contrato; b) rescisão unilateral; c) fiscalização da execução; d) aplicação de sanções; e) ocupação provisória de bens, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato. Também existem prerrogativas previstas esparsamente na lei, citam-se: a) exigência de garantias; b) atenuação da exceção do contrato não cumprido em caso de inadimplência do contratante; c) anulação do contrato.

Insta salientar que as cláusulas dos contratos administrativos são unilateralmente estabelecidas pela administração, sem que haja a interferência do particular contratado. Ratifica-se ainda que, apenas, o poder público é detentor da faculdade de rescindir unilateralmente os contratos administrativos, alegando a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), regra que não se aplica ao particular contratado (NÓBREGA, 2015).

É relevante mencionar que, uma vez constatada a necessidade de alteração do contrato, esta deverá efetivamente ocorrer, pois qualquer previsão contratual decorrente das chamadas cláusulas exorbitantes caracteriza o exercício de um poder-dever por parte da administração (OLIVEIRA, 2015). Nesse sentido, Justen Filho (2016) aponta que verificados os pressupostos normativos, a administração tem o dever de intervir no contrato e introduzir as modificações necessárias e adequadas à consecução dos interesses fundamentais. Portanto, as alterações são lícitas desde que decorram da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, pois visam estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para atendimento do interesse público.

Sob esse prisma, a administração não é titular de um mero “direito subjetivo”, de uma faculdade disponível. Caso a administração deixe de exercitar seu poder,

estará atuando irregularmente e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais (JUSTEN FILHO, 2016). Essas considerações são essenciais, sob pena de configurar-se a disponibilidade dos interesses fundamentais. Ou poderia reputar-se existir faculdade para a administração alterar o contrato administrativo quando e como bem entendesse o que também é incorreto.

Nesse diapasão, Di Pietro (2016) fixa alguns requisitos para a alteração unilateral do contrato. A saber: a) que haja adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida; b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto (não se pode alterar um contrato de venda para um de permuta, ou um contrato de vigilância para um de limpeza); c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado; d) com relação à alteração quantitativa, deve ser respeitado o limite imposto pelo § 1º do artigo 65; esse dispositivo estabelece um limite para os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, sendo de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Deve-se salientar que nos contratos administrativos, o princípio da continuidade dos serviços públicos impossibilita ao particular arguir a exceção do contrato não cumprido. Ratificando o exposto, Di Pietro (2016) observa que uma das consequências do princípio da continuidade é a inviabilidade, para quem é contratado pela administração, de recorrer a cláusula da exceção do contrato não cumprido, nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público.

De fato, não se trata de impossibilidade, mas sim, de uma limitação, tendo em vista que no caso de descumprimento de cláusula contratual por parte da administração, o particular não poderá paralisar a execução do contrato imediatamente, entretanto, o mesmo poderá postular perante o Poder Judiciário as reparações cabíveis ou a rescisão contratual, uma vez que a Lei nº. 8666/93 prevê a paralisação da execução do contrato de obras em virtude de não pagamento por mais de 90 dias (art. 78, XV).

Portanto, em se tratando de contratos administrativos as cláusulas já serão pré-estabelecidas pela administração e o particular contratante adere às mesmas, visto que a minuta do futuro contrato estará anexada ao instrumento convocatório da

licitação (art. 62, § 1º). Mesmo no caso dos contratos que não foram precedidos de licitação, as regras contratuais já estarão postas pelas leis e regras que disciplinam a matéria.

As prerrogativas da administração, nos casos de rescisão unilateral, independem de previsão contratual, pois decorrem da própria lei. Assim, mesmo que omissivo o contrato firmado, cabe à utilização das cláusulas exorbitantes em favor do poder público. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – já se pronunciou no sentido de que é inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato, sem que ela tenha sido prevista no edital (REsp 709.378/PE, DJe, 03/11/2008).

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a administração poderá exigir do contratado a prestação de garantia que não poderá exceder a 5% (cinco por cento) do valor do contrato. É importante observar que caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia (art. 56, da Lei nº. 8666/93): caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; seguro-garantia ou fiança bancária. Embora caiba ao contratado a livre escolha da garantia a ser oferecida, a substituição de uma modalidade de garantia por outra só ocorrerá se houver acordo entre as partes (art. 65, II, alínea a, da lei nº. 8666/93).

Di Pietro (2016) pontua que as alterações econômicas dos contratos administrativos não poderão ser realizadas sem a garantia de manutenção do equilíbrio contratual. Assim, no que tange ao Equilíbrio econômico financeiro, Nóbrega (2015) esclarece que nos contratos administrativos, os direitos do contratado estão basicamente voltados para as chamadas cláusulas econômicas. Com isso,

O contratado tem o direito à manutenção, ao longo da execução do contrato da mesma proporcionalidade entre encargos e vantagens estabelecidas no momento em que o contrato foi celebrado. Por isso, se a Administração alterar cláusulas do serviço, impondo mais gastos ou ônus ao contratado, deverá, de modo correlato, proporcionar modificações na remuneração a que o contratado faz jus, sob pena de o contratado reclamar judicialmente, pleiteando o equilíbrio econômico financeiro. (NÓBREGA, 2015, p. 52).

Oliveira (2015) afirma que há sempre de se atentar para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de se proceder ao restabelecimento do mesmo. Isso porque a condição inicialmente avençada quando

da celebração do contrato, qual seja a relação proporcional entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária devida pela administração, se prejudicada diante de eventual alteração unilateral, deverá ser modificada para alcançar os termos praticados inicialmente, de forma a não onerar excessivamente o particular.

A revisão contratual será invocada quando ocorrerem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém, de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado. Da mesma forma, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual (Lei nº. 8666/93, § 5º do art. 65).

A ocorrência de caso fortuito e força maior poderá resultar: a) na alteração do contrato por acordo entre as partes, como na hipótese em comento através, por exemplo, da simples prorrogação dos prazos contratuais (art. 57, § 1º, II) quando a impossibilidade de cumprimento for temporária; ou; b) na rescisão amigável do contrato se a impossibilidade de execução se configurar como definitiva ou quando imprevisível sua duração.

Nóbrega (2015, p. 46) aduz que “os contratos celebrados pela administração pública, quando esta abre mão do “poder de império” - os chamados contratos da administração -, são regulados por normas de direito privado”. Porém, mesmo a tais contratos a lei nº. 8666/93 fixa a aplicação do regime jurídico-administrativo, conforme § 3º do art. 62, *in verbis*:

Art. 62, §3º - Aplica-se o disposto nos arts. 55, 58 e 61 desta lei e demais normas gerais, no que couber: I – Aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido por normas predominantemente de direito privado; II – Aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público (BRASIL, 1993).

Em que pese se tratar de contratos submetidos às regras de direito privado, a presença do interesse público, mesmo em intensidade menor, impõe a submissão às regras gerais da Lei nº. 8666/93 naquilo que for pertinente. Com isso, nos contratos acima mencionados deverá haver:

a) conteúdo mínimo do art. 55; b) possibilidade da Administração modificá-los unilateralmente (art. 58); c) efeito retroativo da declaração de nulidade (*ex tunc*) e dever de ressarcimento ao contratado inocente (art. 59); d) sede

administrativa para a lavratura do contrato, bem como admissão de forma verbal para contratos de pequeno valor cujo pagamento será feito pelo regime de adiantamento (art. 60); e) necessidade de publicação do resumo do contrato na imprensa oficial (art. 61) (NÓBREGA, 2015, p. 46).

Acerca do controle dos contratos administrativos, este pode ser exercido pela própria administração. Desse modo, cabe à administração o dever de fiscalizar; acompanhar a execução do contrato, admitindo-se, inclusive, uma intervenção do poder público, assumindo sua execução para eliminar falhas, preservando o interesse público. Além do controle da própria administração, também estarão submetidos os contratos administrativos ao controle do Congresso Nacional (art. 70 da Constituição Federal), Tribunais de Contas e do Ministério Público.

3.3 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Sobre as sanções, o regime jurídico da licitação e dos contratos administrativos confere à administração a prerrogativa de aplicar sanções administrativas justificadas pela inexecução total ou parcial do contrato. Nesse caso, fica resguardado ao contratado o direito à prévia defesa, bem como o prazo de cinco dias úteis para recorrer, conforme fixa o § 2º, art. 87 e arts. 58, IV, 86 §§ 1º, 2º, 3º e 87 da Lei n. 8666/93.

As sanções determinadas pela legislação são as seguintes: a) advertência (inciso I, art. 87); b) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato (inciso, II, art. 87); c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos (inciso III, art. 87); d) declaração de inidoneidade para licitar com a administração pública (BRASIL, 1993). Tal declaração atesta que o licitante não mais estará apto a contratar com a administração.

A multa não impede que a administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções, uma vez aplicada será descontada da garantia do respectivo contratado (BRASIL, 1993). Se o valor da multa for superior ao valor da garantia prestada, além da perda da garantia, responderá o contratado pela sua diferença. Esse valor será descontado dos pagamentos eventualmente devidos pela administração ou cobrado judicialmente (BRASIL, 1993).

A Lei nº. 8.666/93 também define, nos artigos 89 a 99, os crimes e as penas a serem aplicados pelo poder judiciário, mediante ação penal pública, cabendo ao Ministério Público promovê-la (art.100, da Lei nº. 8.666/93). Os crimes vão desde dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas, cuja pena aplicada é de detenção por período de 3 meses a 5 anos, e multa (art. 89); até obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais, pena de 6 meses a 2 anos e multa (art. 98).

Em arremate as sanções previstas em lei, a pena máxima é a de detenção, estipulada por um período que varia de 3 (três) anos a 6 (seis) anos e multa por fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias (art. 96), o que constitui dano ao patrimônio público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O regime jurídico dos contratos administrativos extrai seu fundamento de dois eixos normativos principais, quais sejam: Constituição da República (1998), notadamente de seu art. 22, inciso XXVII e – no plano infraconstitucional, dos dispositivos contidos na Lei n. 8666/93, também conhecida, doutrinariamente, por Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas.

A verificação topográfico-constitucional do fundamento do contrato administrativo não encerra um fim em si mesmo. O constituinte derivado reformador, com a edição da Emenda Constitucional n. 19/98 deixou assentada a reserva de competência legislativa privativa da União (nesta matéria) para inovar a ordem jurídica em sede infraconstitucional (art.22, XVII).

Todavia, não é demais renovar aquilo que a doutrina administrativista pátria vem assentando a respeito de uma controvérsia constitucional a esse respeito, vale dizer: reservando-se à União a competência para legislar sobre normas gerais de contratação pelo Poder Público, estariam os demais entes – na medida de suas competências, igualmente delineadas pela Constituição, autorizados a empreenderem normas específicas desta natureza.

Esta aparente dificuldade – já levantada por autores tais como o professor José dos Santos Carvalho Filho, acabou por impor uma culturalização da aplicação exclusiva da Lei n. 8666/93 (norma geral que é), indistintamente por todos os entes,

Estados, Municípios e Distrito Federal, hipótese, também já discutida em sede jurisprudencial, a exemplo do RE 423.560/12, da lavra do até então Ministro Joaquim Barbosa.

Conforme se demonstrou no curso deste trabalho, o referido diploma legal (Lei n. 8666/93) consagra não apenas uma definição acerca do contrato administrativo – mas avança fornecendo ao intérprete sua regulação desde a formalização, prevendo, inclusive, eventualidades que possam justificar sua alteração, até as questões referentes à possibilidade de rescisão.

Importa considerar nesta quadra final deste escrito – que a noção de contrato administrativo deve guardar relação íntima com uma prestação estatal, vale dizer, servindo-se de acordo especial de vontades – em virtude da posição do Estado e de seu interesse (público) frente ao contratado, sob o prisma constitucional este instrumento de realização de um fim público útil e necessário à coletividade (direta ou indiretamente) deve pautar-se com estrita observância dos valores constitucionais encartados nos princípios lá catalogados, a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, questão fundamental é compreender que tal contrato demanda, obrigatoriamente, a presença do Estado, não se confundindo, pois, com qualquer outro acordo de vontades realizado no âmbito da chamada gestão de interesses privados. É a ocorrência do Estado – num dos polos – nesse caso, com direitos e prerrogativas que se sobrepõem ao dos contratados, que marca tal instituto.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://undimepr.org.br/documentos/constituicao_88.pdf. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: DF, Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. **Petição de Recurso Especial: REsp 709378**. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicação: 03/11/2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1215963/recurso-especial-resp-709378-pe-2004-0174501-9/inteiro-teor-12761382>. Acesso em: 18 fev. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão n. 68/2007**. Rel. Min. Aroldo Cedraz. 30/01/2007 Disponível em: <https://dre.tretas.org/dre/1550593/acordao-68-2007-de-5-de-marco>. Acesso em: 18 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 33. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2016.

LEITE, Gisele. Considerações sobre contratos administrativos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9288. Acesso em 27 fev 2018.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NÓBREGA, Marcos. Licitações e contratos administrativos. In: **Portal ESMAL**. 2015. Disponível em: <http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivossContratAdministrativos.pdf>. Acesso em: 08 maio 2017.

OLIVEIRA. José Carlos de. Contratos administrativos I. In: **Curso de aperfeiçoamento em Licitação e Contratação Pública – UNESP**. 2015.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE PORTOS E EMPREENDIMENTOS ASSOCIADOS**ENVIRONMENTAL LICENSING OF PORTS AND ASSOCIATED ENTERPRISES**

JEAN MARX LUCAS BATISTA*

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES**

RESUMO

Este artigo tem como foco de abordagem o direito ambiental e, toma como ponto de partida a seguinte questão-problema: Quais as exigências legais para operacionalização do processo de licenciamento ambiental de portos e atividades de empreendimentos associados e de quem é a competência para efetuar esse processo? Para elucidar esse questionamento, a pesquisa admite como hipótese de que, no processo de licenciamento de portos e atividades de empreendimentos associados, são exigidos estudos e projetos técnicos, além de documentos específicos, bem como o EIA/RIMA para liberação da licença de operação, a depender do porte do empreendimento e dos impactos ambientais associados. Sua concepção metodológica o situa como estudo de natureza descritiva elaborado conforme a técnica aplicada à pesquisa bibliográfica e documental trabalhando, portanto, com dados secundários coletados em documentos, empregando ainda o método dedutivo de análise para fazer a integração entre o direito ambiental e o licenciamento da atividade tomada como objeto de estudo cuja escolha se justifica em virtude de se tratar de atividade fundamental para o setor econômico de um Estado, sendo esta atividade causadora de grandes impactos ambientais, conduzimos a pesquisa no sentido de mostrar a operacionalização do processo de licenciamento ambiental e a competência de sua efetivação, bem como, os meios encontrados para a diminuição dos impactos ambientais causados por esses empreendimentos e suas atividades e a forma de como se dá a compensação para as degradações causadas ao meio ambiente que obras desse porte, normalmente produzem. A conclusão é de que, para manter a preservação dos recursos naturais renováveis e que esse não chegue ao fim num futuro bem próximo, nem venham a causar desequilíbrio ao ecossistema, se faz obrigatório o planejamento e estudos ambientais em todo o projeto durante o processo de licenciamento ambiental de portos e empreendimentos associados de acordo com a classe de suas atividades.

* Concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da FESP Faculdades, semestre 2017.1. Email. jeanmarx1@hotmail.com.

** Graduada em Ciências Econômicas [UFPB] e em Pedagogia [UNIPÊ], Especialista em Direito Ambiental [FIPE], Mestre em Economia [UFPB], Aluna Especial do Curso de Doutorado em Direito Ambiental do CCJ da UFPB. Fiscal Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de João Pessoa. Professora do Curso de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da FESP Faculdades. Coautora da obra Direito Ambiental – Sinopses Jurídicas. São Paulo: EDIJUR, 1ª ed. 2011; 2ª ed. 2014 e da obra Crise ambiental. Curitiba: Appris, 2016. É autora de vários artigos publicados em revistas e periódicos científicos. Pesquisadora do CNPq Grupo de Pesquisa Estudos e Saberes Ambientais Homenagem a Enrique Leff - Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos, do CCJ/UFPB. Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos e, Direito Ambiental e Urbanístico da Universidade Federal da Paraíba e CNPq. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

PALAVRAS CHAVE: Licenciamento Ambiental. Portos e Empreendimentos Associados. Estudo de Impacto Ambiental.

ABSTRACT

This article focuses on environmental law and takes as its starting point the following problem question: What are the legal requirements for the operationalization of the environmental licensing process of ports and activities of associated enterprises and who is the authority to carry out this process? In order to elucidate this questioning, the research admits as hypothesis that, in the port licensing process and activities of associated enterprises, studies and technical projects are required, as well as specific documents, as well as the EIA / RIMA to release the operating license, Depending on the size of the enterprise and the associated environmental impacts. Its methodological conception places it as a study of a descriptive nature elaborated according to the technique applied to the bibliographic and documentary research, working, therefore, with secondary data collected in documents, also employing the deductive method of analysis to make the integration between the environmental law and the licensing of the Activity taken as an object of study whose choice is justified because it is a fundamental activity for the economic sector of a State, and this activity causes great environmental impacts, we conducted the research in order to show the operationalization of the environmental licensing process and As well as the means used to reduce the environmental impacts caused by these enterprises and their activities, and the way in which compensation for the degradation caused to the environment is carried out. The conclusion is that, in order to maintain the preservation of renewable natural resources and that it does not come to an end in the very near future, nor cause an imbalance to the ecosystem, environmental planning and studies are required throughout the project during the Environmental licensing of ports and associated enterprises according to the class of their activities.

KEYWORDS: Environmental Licensing. Ports and Associated Enterprises. Environmental Impact Study.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A temática abordada nesse estudo versa sobre o licenciamento ambiental de portos e empreendimentos associados, que engloba desde as instalações portuárias, as marinas, clubes náuticos, píers, atracadores de recreio e pesca e estações militares, aspecto a demonstrar ser essa uma atividade de amplo aspecto jurídico, inclusive por envolver normas de direito internacional por envolver dimensões que extrapolam os limites das águas territoriais de um país, inclusive há no Brasil, legislação ambiental aplicável a essa finalidade.

Sendo reconhecido como o principal meio de transporte de mercadorias para o comércio mundial, a navegação vem exigindo cada vez mais construções de novos portos e empreendimentos associados, bem como expansões nos portos já existentes, para viabilizar melhor a logística da entrada e saída de cargas, mercadorias e passageiros que vem em constante crescimento e modificações ao longo do tempo, exigindo ajustes às necessidades mercantis e de passageiros, visto sua grande importância na economia mundial.

O Brasil conta atualmente com 234 portos organizados (públicos) e 165 terminais portuários privados outorgados. O acréscimo de movimentação de cargas nos últimos anos demonstra a necessidade de permanente investimento em modernização e expansão da infraestrutura, em busca de eficiência e competitividade². Apesar de suma importância para efetivar o desenvolvimento econômico local, regional, nacional e mundial, a atividade portuária e empreendimentos associados são consideradas potencialmente poluidoras, pois requer espaços em diferentes áreas e que atinge diretamente o meio ambiente.

Assim, não se pode questionar o fato de que o funcionamento de portos e empreendimentos associados é de fundamental importância para o desenvolvimento econômico local, regional, nacional e mundial de modo que, as construções e expansões de portos e empreendimentos associados se tornaram cada vez mais comuns e essenciais às atividades marítimas, não obstante, cresceu também a preocupação com as degradações ambientais causadas por essas atividades, tornando-se imperativo a necessidade de obter o licenciamento ambiental, nas modalidades previstas na legislação pátria, para sua construção e expansão.

A finalidade do licenciamento ambiental é de conter e controlar os danos ao meio ambiente, através dos estudos e impactos ambientais que são requisitos jurídicos, instrumentos de prevenção e controle ambiental. Assim sendo, a questão-problema a ser elucidada nessa pesquisa é a seguinte: Quais as exigências legais para operacionalização do processo de licenciamento ambiental de portos e atividades de empreendimentos associados e de quem é a competência para efetuar esse processo?

² Sobre esses dados e a importância da atividade portuária no Brasil, consultar a pesquisa desenvolvida por Hofmann (2015) que se encontra referenciada ao final desse trabalho.

Na elucidação desse problema, a pesquisa admite a hipótese de que, no processo de licenciamento de portos e atividades de empreendimentos associados são exigidos estudos e projetos técnicos, além de documentos específicos, bem como o EIA/RIMA para liberação da licença de operação, a depender do porte do empreendimento e dos impactos ambientais associados.

Na sua concepção metodológica, o estudo foi desenvolvido seguindo os procedimentos aplicados à pesquisa bibliográfica e documental de natureza descritiva trabalhando, portanto, com dados secundários coletados em documentos, empregando ainda o método dedutivo de análise para fazer a integração entre o direito ambiental e o licenciamento da atividade tomada como objeto de estudo; cuja escolha se justifica em virtude de se tratar de atividade fundamental para o setor econômico de um Estado, sendo esta atividade causadora de grandes impactos ambientais.

Tal observação foi decisiva para conduzir a pesquisa no sentido de mostrar a operacionalização do processo de licenciamento ambiental e a competência de sua efetivação, bem como, os meios encontrados para a diminuição dos impactos ambientais causados por esses empreendimentos e suas atividades e a forma de como se dá a compensação para as degradações causadas ao meio ambiente que obras desse porte, normalmente produzem.

2 SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE ATIVIDADES PORTUÁRIAS

No foco da abordagem sobre a questão da problemática ambiental, em 1972, a Organização das Nações Unidas (ONU), realizou a primeira conferência abordando a importância do homem e o meio ambiente, que ficou conhecida como Conferência de Estocolmo, cuja pauta de discussão relacionou vários aspectos, dentre eles, o uso consciente dos recursos naturais, devido ao constante crescimento econômico e industrial. Sobre esse marco de referência, Coimbra (2014) destaca a importância dessa Conferência, situando-a como uma verdadeira revolução cultural.

No Brasil, em 1992, a ONU promoveu a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, na cidade do Rio de Janeiro, intitulada Rio-92, cuja pauta de discussão voltou-se para a problemática causada pelo desenvolvimento e os conflitos envolvendo a preservação ambiental, ou seja, o foco foi o desenvolvimento sustentável (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014). Constata-se

que essas discussões são importantes, diante da perspectiva do esgotamento dos recursos ambientais, trazendo uma nova percepção do homem sobre os limites naturais, fazendo-o compreender a importância de empreender na direção da busca do desenvolvimento sustentável.

Trazendo essa perspectiva, Vasconcelos (2014) evidencia sobre as influências geradas pelos portos, que estão além de suas instalações locais evidenciando os impactos ambientais, mesmo nas suas operações normais. No entender de Porto e Teixeira (2013), os riscos decorrentes do desempenho as atividades portuárias não deixarão de acontecer, mesmo com todas as preocupações e cuidados tomados para evitar as degradações ambientais. Todavia, as atividades portuárias relacionadas às questões ambientais devem ser tratadas mediante a definição de estratégias e planejamentos proativos, no intuito de evitar as ações reativas, que por sua vez, podendo ser ineficazes e dispendiosas à luz socioambiental.

Tendo em vista esses aspectos postos em evidencia, o Brasil vem buscando legislar de forma a proteger e conservar o meio ambiente, no tocante as autorizações e licenciamentos de portos e empreendimentos associados, tais como: marinas, clubes náuticos, píer, atracadores de recreio e pesca e instalações militares, mesmo os de menor potencial. Cumpre ressaltar que, o meio ambiente é um direito fundamental à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais e estão inseridas na Constituição Federal de 1988 em vários dispositivos, bem como em leis específicas e esparsas do direito pátrio (FIORILLO, 2013).

Como marco fundamental, a licença ambiental preocupa-se com a qualidade de vida, o desenvolvimento e o esgotamento dos recursos naturais, de modo a manter o controle público sobre os empreendedores quanto ao uso desses recursos naturais, a fim de mantê-lo de forma sustentável e menos degradante para uma melhor perspectiva de vida para todos os seres do planeta.

Com efeito, a política nacional do meio ambiente (PNMA), instituída através da Lei nº 6.938/81, com a nova redação dada pela lei nº 7.804/89, estabelece algumas modalidades de licenças ambientais aplicáveis a portos e empreendimentos associados, que dependem de prévio licenciamento de órgãos competentes integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), sem

prejuízo da necessidade de obter outras licenças legais exigidas em caráter supletivo. As licenças ambientais para portos e empreendimentos associados são:

- Licença Prévia (LP), instrumento capaz de avaliar a viabilidade ambiental do empreendimento solicitado em fase de planejamento, essa licença não autoriza o início das instalações. O prazo de validade da licença prévia não pode ser superior a 5 (cinco) anos;

- Licença de Instalação (LI), instrumento autorizador do início das instalações/construções, essa licença aprova os projetos apresentados para construção das obras. Prazo de validade não superior a 6 (seis) anos; e

- Licença de Operação (LO), instrumento que autoriza o início do funcionamento/obra. Prazo de validade com no mínimo 4 (quatro) anos e máximo de 10 (dez) anos. Os prazos de validades poderão ter prazos específicos quanto a licença de operação (LO), a depender das peculiaridades do empreendimento ou de suas atividades que estejam sujeitas a encerramento ou modificações em prazos inferiores.

Sabe-se que, o licenciamento ambiental é um instrumento administrativo de prevenção que garante aos detentores das respectivas licenças o aval público de suas atividades e, que, estas são capazes de serem realizadas com perspectiva de promover a qualidade ambiental e sua sustentabilidade em face do cumprimento de todos os condicionantes imputados pelo poder público, as diferentes atividades empreendidas. Assim sendo, necessário se faz apresentar alguns apontamentos sobre os seus marcos legais e regulatórios, conforme segue.

2.1 MARCOS LEGAIS E REGULATÓRIOS

A PNMA estabelece a necessidade de licenciamento de órgãos competentes que integram o SISNAMA e o IBAMA para as construções, instalações, ampliações de empreendimentos que necessitam utilizar os recursos naturais para suas atividades, quando estas forem consideradas potencialmente poluidoras, ou capazes de causar alguma degradação ao meio ambiente. Portanto, esses empreendimentos dependem de licenciamento prévio de acordo com a natureza de suas atividades (SIRVINSKAS, 2013).

Atividade essencial para a economia mundial, a atividade portuária vem ao longo do tempo criando normas específicas, através de convenções internacionais,

que desenvolvem regras gerais de regulação, onde, cada Estado participante utiliza essas regras para instituir suas normas internas. No Brasil, foi estabelecido o meio ambiente como bem de uso e direito de todos, e a sociedade responsabilizada por sua preservação, conjuntamente ao poder público que tem uma responsabilidade especial, principalmente quando se trata de atividades potencialmente poluidoras, nesses casos se faz necessário à realização de processo de licenciamento, seguindo todos os trâmites definidos em lei.

O CONAMA, através da Resolução 237/97, define parâmetros e delega responsabilidades aos órgãos que compõem o SISNAMA, bem como apresenta as descrições das atividades ou empreendimentos que estão sujeitos ao licenciamento ambiental. A preocupação constante com o meio ambiente faz com que haja bastante evolução nas políticas ambientais, e conseqüentemente órgãos e leis positivadas em vigor.

Silva e Lima (2013) afirmam que no Brasil há uma estrutura de leis ambientais avançada, mas que de nada adiantará esse avanço legal se não houver o estrito cumprimento das leis. Ainda relacionado a políticas de meio ambiente, em sentido divergente, Machado (2013) deixa claro que, ainda falta para a política ambiental brasileira a incorporação de procedimentos que possam servir de norte para resolução dos conflitos socioambientais de forma negociada, ausência essa que causa demora nas decisões dos órgãos ambientais acerca dos pedidos de licença ambiental.

Atividade potencialmente poluidora, os portos e os empreendimentos associados são passíveis de licenciamento ambiental, pois os impactos produzidos através de suas atividades relacionados com suas construções, reformas e ampliações, são impactos negativos causados ao meio ambiente, essa atividade é reconhecida potencialmente poluidora pela resolução CONAMA 237/97.

Ainda nesse sentido, reforçando o conceito, Porto e Teixeira (2013) reiteram que o risco agregado à atividade portuária sempre estará presente, mesmo que as preocupações cabíveis para evitar os acidentes ambientais sejam tomadas. Nesse entendimento, os riscos devem ser assumidos, tendentes a medidas preventivas e restaurativas no intuito de minimizar os impactos negativos ao meio ambiente, buscando sempre a preservação ambiental com a diminuição de sua exposição ao risco degradante ambiental.

Seguindo o mesmo entendimento, Vasconcelos (2014) deixa entrever que existem dois desafios centrais nas atividades portuárias quanto à questão ambiental: primeiro, atender as conformidades ambientais e conseguir a habilitação ambiental ou o licenciamento; e segundo, implantar um sistema de gestão ambiental que possibilita resolver os desafios ambientais otimizando esforços e soluções.

O marco regulatório do setor portuário foi recentemente aprimorado para promover maior competição, o que se deu por meio da Medida Provisória nº 595/2012, convertida na Lei nº 12.815, de 05/06/2013 e regulamentada pelo Decreto nº 8.033, de 27/06/13. A nova dinâmica trouxe perspectivas de novos investimentos para modernização e ampliação das estruturas existentes, bem como para implantação de novas instalações portuárias. (HOFMANN, 2015).

2.2 COMPETÊNCIAS

Na busca de definições aos limites de competência dos órgãos ambientais nas três esferas federativas, a Lei Complementar 140/2011, define os limites de ação dos órgãos ambientais e estabelece regras com a finalidade de pôr fim a insegurança jurídica quanto a competência do licenciamento ambiental, o que não se evitou os conflitos nas definições, nem as demandas judiciais (BRASIL, 2011).

Não obstante, anterior a Lei Complementar em questão, os mecanismos de gestão ambiental já se faziam previstos na Resolução CONAMA 237/97, a esse respeito Figueiredo Filho e Menezes (2014, p. 73) esclarecem que, “em termos de legislação ambiental, o critério vigente no que concerne aos mecanismos de gestão ambiental, encontram-se previstos na Resolução CONAMA 237/97, especificamente para os casos de licenciamento ambiental”.

Assim como a Lei Complementar 140/2011, a Resolução CONAMA 237/97, já preconizava a competência dos órgãos ambientais, de acordo com os interesses nacional, regional ou local. Na verdade, competência no licenciamento ambiental está ligada diretamente ao impacto ambiental causado ou que se pode causar; o que se justifica razoável e nos parece mais adequado.

Ocorreu que, a Lei Complementar 140/2011 também necessitou de complementação o que se deu com a aprovação do Decreto Federal 8.437/2015, regulamentando o disposto no art. 7º, “caput”, inciso XIV, alínea “h”, e parágrafo único,

da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, estabelecendo as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União, discriminando no seu art. 2º as seguintes atividades portuárias:

Art. 2º [...]:

XIX - porto organizado - bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

XX - Instalação portuária - instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

XXI - área do porto organizado - área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

XXII - terminal de uso privado - instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

[...]

XXIV - dragagem - obra ou serviço de engenharia que consiste na limpeza, desobstrução, remoção, derrocamento ou escavação de material do fundo de rios, lagos, mares, baías e canais;

XXV – **TEU - Twenty-foot Equivalent Units** (Unidades Equivalentes a Vinte Pés) - unidade utilizada para conversão da capacidade de contêineres de diversos tamanhos ao tipo padrão **International Organization for Standardization – ISO** de vinte pés;

XXVI - **offshore**- ambiente marinho e zona de transição terra-mar ou área localizada no mar;

XXVII – **onshore** - ambiente terrestre ou área localizada em terra; (BRASIL, 2015, grifos originais).

Estabelece ainda o art. 3º Decreto Federal 8.437/2015 a competência para o licenciamento ambiental de atividades portuárias:

Art. 3º Sem prejuízo das disposições contidas no art. 7º, caput, inciso XIV, alíneas “a” a “g”, da Lei Complementar nº 140, de 2011, serão licenciados pelo órgão ambiental federal competente os seguintes empreendimentos ou atividades:

[...];

IV - Portos organizados, exceto as instalações portuárias que movimentem carga em volume inferior a 450.000 **TEU**/ano ou a 15.000.000 ton/ano;

V - Terminais de uso privado e instalações portuárias que movimentem carga em volume superior a 450.000 **TEU**/ano ou a 15.000.000 ton/ano; (BRASIL, 2015, grifos originais).

No rol exemplificativo da aplicação desses regramentos fica claro que a competência para o licenciamento ambiental de atividades portuárias pode ser assim sintetizada:

- a) Portos organizados e instalações portuárias situados no mar territorial, licenciamento pelo IBAMA;
- b) portos organizados e instalações portuárias localizados em águas interiores, licenciamento pelo Estado;
- c) licenciamento pelo IBAMA, no caso b acima, se firmado convênio IBAMA - Estado;
- d) terminais de passageiros e marinas, licenciamento pelo Estado;
- e) clubes náuticos, píeres e atracadores de recreio e de pesca, licenciamento pelo Município, quando o impacto ambiental for local, ouvido o órgão competente do Estado;
- f) licenciamento pelo Estado no caso e acima, se firmado convênio Estado-Município, observadas as disposições da Resolução nº 237/97 do CONAMA;
- g) bases ou empreendimentos militares, quando couber, observada a legislação específica, conforme Resolução nº 237/97 do CONAMA; e
- h) instalações da Polícia Federal, licenciamento pelo IBAMA (ANTAQ, [s/d]).

Do exposto se extrai que a competência para realizar o licenciamento ambiental de atividades portuárias cabe a União, através do IBAMA, sendo observados os limites de volume de carga ou a capacidade instalada no caso de portos organizados. Entretanto, tais atividades podem também ser licenciadas pelos entes estaduais e municipais, observando-se os regramentos inerentes ao volume de carga e o tipo de impacto causado: local, competência municipal, regional, competência estadual.

2.3 OBRIGATORIEDADE DO EIA/RIMA

Para obtenção da licença prévia é obrigatório à elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), previsto para o licenciamento em que as ações e atividades do empreendimento venham causar ou modificar o meio ambiente. Conforme Figueiredo Filho e Menezes (2014), o EIA e o RIMA, são instrumentos obrigatórios a serem elaborados pelo empreendedor e apresentados para obter a Licença Prévia (LP), em casos de atividades de impacto significativo para o meio ambiente.

O EIA, consiste no conjunto de atividades técnicas e científicas destinadas a identificar previamente a magnitude e valorar os impactos de um projeto e suas alternativas, e deve ser realizado e apresentado na forma de relatório em consonância com os critérios estabelecidos em diretrizes legais e atendendo aos demais termos de

referência para empreendimentos e atividades considerados efetiva ou potencialmente causadores de significativa degradação ao meio ambiente.

O RIMA é documento que consubstancia de forma objetiva as conclusões EIA, elaborado em linguagem corrente adequada à sua compreensão pelas comunidades afetadas e demais interessada. Cabe ao órgão licenciador analisar o grau de degradação ambiental que venha sofrer o meio ambiente com o empreendimento, conforme a atividade a ser exercida e o empreendimento a ser construído.

Objetivamente falando, a obrigatoriedade do EIA/RIMA para instalação, ampliação ou reforma de portos e empreendimentos assemelhados se justificam diante dos aspectos que podem ser assim sintetizados:

O EIA/RIMA deverá definir os limites da área geográfica a ser afetada diretamente pelo empreendimento e das áreas que sofrerão influência, direta ou indiretamente. Além das delimitações, essas áreas deverão ser caracterizadas segundo suas peculiaridades e impactos a que serão submetidas. Para o atendimento a esse item do EIA/RIMA deverão ser considerados parâmetros como bacia hidrográfica, uso e ocupação do solo, bem como indicadores sociais, ecossistemas predominantes, populações fragmentadas, e indicadores mais relevantes para a conservação da biodiversidade encontrada na região, onde deverão ser desenvolvidos os estudos ambientais. Para cada um dos fatores ambientais – meio físico, biótico e sócio-econômicos (RIMA..., 2010).

Os estudos apontados como necessários pelo órgão licenciador deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, os quais são conjuntamente ao empreendedor, responsáveis pelas informações prestadas nos respectivos estudos, e estão sujeitos às sanções cabíveis, conforme determina a Resolução CONAMA 237/97, em seu artigo 11, § único.

3 SOBRE AS ATIVIDADES PORTUÁRIAS E MEIO AMBIENTE

Reconhecido mundialmente como o meio de transporte indispensável e de fundamental importância para o transporte de cargas e de pessoas, a modalidade marítima tem em seus portos a entrada e saída de cargas para o comércio exterior. As atividades portuárias recebem destaques mundiais, graças a sua capacidade de desenvolvimento e de atrair indústrias e de expandir o comércio internacional.

Com a globalização, a atividade portuária passou a ser estrategicamente fundamental para o desenvolvimento da economia local e internacional, tornando-se

imprescindível para a economia do Estado. No entanto, não se pode descartar os impactos ambientais causados pelos portos, desde sua construção ao funcionamento de suas atividades, apesar de toda sua relevância, sua localização geográfica está situada em áreas naturais com valores ecológicos incalculáveis desde suas águas à áreas de circulação.

Para Porto e Teixeira (2013), a atividade comercial portuária produz impactos ao sitio ambiental tanto ou mais que a implantação de um projeto portuário, exatamente porque os portos geram influencias que vão muito além dos seus locais de instalação, podendo determinar a dinâmica das regiões onde estão instalados.

É possível identificar como impactos ambientais decorrentes da implantação de portos:

Alteração da linha de costa, alteração do padrão hidrológico e da dinâmica sedimentar, destruição ou alteração de áreas naturais costeiras (habitats, ecossistemas), supressão de vegetação, modificação no regime e alteração no fundo dos corpos d'água, agressão a ecossistemas, poluição da água, do solo, do subsolo e do ar (ANTAQ, 2017).

E como impactos decorrentes da operação portuária em si, os seguintes danos:

Alteração da qualidade da água, poluição do ar por emissão de gases e partículas sólidas, perturbações diversas por trânsito de veículos pesados em ambientes urbanos, geração de odores e ruídos, alteração da paisagem, modificação das linhas de costa, geração de ruídos em ambientes urbanos, distúrbios na fauna e flora, interação com outras atividades (pesca, turismo, aquicultura, recreação), atração de vetores de doenças (ratos, pombos), introdução de espécies exóticas, entre outros (ANTAQ, 2017).

Assim, mesmo diante da importância que possui para o desenvolvimento econômico, tanto a construção, bem como toda a operação das atividades portuárias geram impactos significativos ao meio ambiente, os quais necessitam de fiscalização e monitoramento ambiental por parte dos órgãos licenciadores de tais empreendimentos e /ou atividades.

3.1 NOTAS SOBRE A REGULAMENTAÇÃO AMBIENTAL DOS PORTOS

Dentre os instrumentos criados com a finalidade de regulamentação ambiental

das atividades econômicas e suas interferências no meio ambiente, destaca-se a Constituição Federal de 1988, que trata da questão ambiental em capítulo próprio, através de regramento contido no seu art. 225, e a Lei 6.938/81 que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, que dão o suporte para todas as legislações nacionais que abordam a preservação ambiental (FIGUEIREDO FILHO; MENEZES, 2014).

A atividade portuária é também regulada pelas normas ambientais, ditando as regras, e impondo condutas normativas capazes de mitigar e compensar os impactos causados pela atividade. Assim é observado também na Lei de modernização dos Portos, Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013, Nova Lei dos Portos, dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

A Lei nº 12.815/2013 exige, para a celebração do contrato de concessão ou arrendamento e a expedição de autorização para instalações portuárias privadas que sejam precedidas de emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência para os estudos ambientais com vistas ao licenciamento. Traz também como competência da administração portuária zelar pelo meio ambiente. Institui o Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II, abrangendo o monitoramento ambiental (ANTAQ, [s/d]).

A Resolução CONAMA 237/97, ainda, em seu anexo I, faz menção as atividades potencialmente poluidoras, e discrimina a atividade portuária como obrigatória de licenciamento, possibilitando assim o crivo do órgão licenciador competente em relação aos padrões ambientais exigidos na legislação ambiental em vigência.

Outra questão que merece menção, é que devido ao uso obrigatório da água pela atividade portuária, a mesma também é regida pela Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelecida pela Lei nº 9.433 de 08 de janeiro de 1997, que conforme o seu artigo 2º, inciso II, tem por objetivos “a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável” (BRASIL, 1997).

Desta maneira a atividade portuária também deve prezar ambientalmente pelo uso sustentável dos recursos hídricos. E Ainda especificamente relacionado aos recursos hídricos, desta vez na área marítima, locus também da atividade portuária, e devido à localização dos portos organizados, estes devem também, observância às

normas do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Lei nº 7.661 de 16 de maio de 1988 (BRASIL, 1988).

3.2 INSTRUMENTOS DE GESTÃO ASSOCIADOS

Os instrumentos de gestão associados ao processo de licenciamento de portos e atividades assemelhadas envolvem ações de monitoramento e controle ambiental relacionados ao programa de gestão ambiental, sendo fundamentais os seguintes:

Programa de gerenciamento de riscos, incluindo o plano de gerenciamento de riscos e o plano de ação de emergência;

Programa de controle da poluição, envolvendo o plano de gerenciamento de resíduos sólidos portuários, o plano de controle de da poluição hídrica, plano de controle de emissões gasosas e odores e o plano de controle da poluição sonora;

Programa de monitoramento ambiental, acompanhando os impactos no meio físico e biótico;

Programa de gerenciamento ambiental das atividades de dragagem, estabelecendo medidas preventivas e corretivas do assoreamento e o monitoramento ambiental da dragagem;

Programa de gerenciamento de água de lastro, envolvendo o monitoramento ambiental para controle de introdução de espécies exóticas e patógenos e os mecanismos de gestão para o recebimento e destinação de água de lastro;

Programa de capacitação e comunicação social, dedicado à capacitação de recursos humanos e à administração de conflitos entre porto e comunidade;

Programa de gestão ambiental da atividade – conjunto de planos e suas respectivas ações, incluindo planos de prevenção de riscos e contingência e plano de monitoração dos impactos, concebido para orientar e controlar a instalação, a operação, a manutenção e outras atividades de um empreendimento, segundo os princípios de proteção do meio ambiente;

Programa de monitoração dos impactos - programação estabelecida durante o estudo de avaliação de impacto ambiental, destinada a acompanhar nas fases de implantação e operação da atividade os impactos que vierem a ocorrer, comparando-os aos impactos previstos, de modo a detectar efeitos inesperados a tempo de corrigi-los e a verificar a aplicação e a eficiência das medidas mitigadoras (ANTAQ, [s/d], grifos nossos).

Importa ressaltar que o programa de monitoração se destina, também, a verificar o cumprimento das condições da licença ambiental concedida para o empreendimento. As medidas de controle se transformam em medidas preventivas, consubstanciando assim o princípio da prevenção, recomendando no processo de

licenciamento ambiental, a medida mais adequada a ser adotada tendo em vista sanar o problema identificado.

4 LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE PORTOS E EMPREENDIMENTOS ASSOCIADOS

O licenciamento ambiental é uma obrigação legal, prévia à instalação de qualquer empreendimento no qual há planejamento de infraestrutura portuária. Conforme visto, a competência para autorizar e monitorar essa obrigação é compartilhada pelos órgãos estaduais de meio ambiente e pelo IBAMA como órgãos integrantes do SISNAMA.

Para obtenção da licença ambiental, além do atendimento aos padrões estabelecidos, os impactos ambientais originados da implementação de empreendimento ou de atividade serão prevenidos, corrigidos, mitigados, eventualmente eliminados ou compensados, de modo a garantir a qualidade e a sustentabilidade da região sob influência da atividade portuária. Nisso reside à importância e essencialidade desse processo administrativo que possibilita ao empreendimento realizar suas atividades em base ecologicamente equilibrada, conforme preceitua o art. 225 da Constituição de 1988.

O licenciamento ambiental de portos e empreendimentos associados é procedimento complexo, indutor da boa gestão ambiental na medida em que demonstra o compromisso, por parte dos responsáveis pela implantação e operação de tais atividades, com a proteção do meio ambiente. Importante ainda frisar que o licenciamento ambiental é um instrumento capaz de garantir o reconhecimento público de que as atividades estão sendo desenvolvidas em conformidade com a legislação ambiental, em observância à qualidade ambiental e a sustentabilidade (JESUS, 2015).

4.1 ÁREA DO PORTO ORGANIZADO

A Lei nº 8.630/93 define que a área do porto organizado está além de suas instalações, e em seu artigo 1º, §1º, IV, anuncia a área do porto organizado compreendido pelas instalações portuárias. *In verbis*:

Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado.

§ 1º Para os efeitos desta lei, consideram-se:

[...]

IV - **Área do porto organizado**: a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto, referida na Seção II do Capítulo VI desta lei (BRASIL, 1993, grifo nosso).

A Lei nº 12.815/13, em seu artigo 2º, II, define a área do porto organizado nos seguintes termos:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

II - **área do porto organizado**: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Conforme dicção dos artigos supracitados, porto organizado é aquele construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, sendo ele concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.

4.1.1 Infraestrutura Portuária Terrestre

A infraestrutura portuária terrestre é compreendida por “ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna” (ANTAQ, [s/d]). Essas estruturas são provenientes das necessidades das atividades portuárias compreendidas para o melhor funcionamento, escoamento e armazenamento de mercadorias e trânsito de passageiros em geral.

4.1.2 Infraestrutura Portuária Aquaviária

A infraestrutura portuária aquaviária compreende a “proteção e acesso aquaviário ao porto tal como guias correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias

de evolução e áreas de fundeio” (ANTAQ, [s/d]). Essas estruturas visam à melhoria do transporte de mercadorias e de passageiros em barcos, navios ou balsas.

4.1.3 Instalação Portuária

Instalação portuária é aquela explorada por “pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto organizado, utilizada na movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário” (ANTAQ, [s/d]). A Lei nº 8.630/93 dedicou todo seu capítulo II, as instalações portuárias em que assegura o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar, mediante contratos e autorizações emitidos pelos órgãos competentes e estão sujeitas as fiscalizações das autoridades aduaneiras, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

4.2 DOCUMENTAÇÃO REQUERIDA

Para o licenciamento de portos e empreendimentos associados é necessário o preenchimento de alguns requisitos definidos em lei, bem como atender exigências referente à documentação exigida a qual contempla um rol que envolve:

4.2.1 Ficha de Caracterização do Empreendimento

O manual de licenciamento ambiental de portos define a ficha de caracterização do empreendimento como:

Documento que apresente os principais elementos que caracterizam o empreendimento e a sua área de inserção, fornecendo informações acerca da justificativa da implantação do projeto, porte, tecnologia, localização do empreendimento e principais aspectos ambientais envolvidos (ANTAQ, [s/d]).

A ficha de caracterização do empreendimento é o documento que possibilita o prévio conhecimento do empreendimento, bem como do seu local de pretensão de instalação. É a partir desse documento que são definidos as exigências e os estudos que serão necessários, exigidos pelo órgão ambiental licenciador.

4.2.2 Termo de Referência

Termo de referência é o documento que estabelece as diretrizes para o EIA, é elaborado pelo órgão licenciador e está vinculado às informações prestadas na ficha de caracterização do empreendimento, sendo expedido na fase da licença prévia, na ocasião do requerimento da referida licença (ANTAQ, [s/d]).

Este procedimento atende ao disposto no artigo 14 da Lei nº 12.815/2013, que estabelece a emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência como um dos requisitos para autorização de Terminais de Uso Privado (TUP) e para a assinatura do contrato de arrendamento, no caso de instalação portuária estiver localizada dentro do porto organizado (BRASIL, 2013).

4.2.3 EIA/RIMA

O EIA/RIMA é, na verdade um diagnóstico ambiental em cuja elaboração deverão ser considerados parâmetros como bacia hidrográfica, uso e ocupação do solo, bem como indicadores sociais, ecossistemas predominantes, populações fragmentadas, e indicadores mais relevantes para a conservação da biodiversidade encontrada na região, onde deverão ser desenvolvidos os estudos ambientais (ANTAQ, [s/d]).

4.2.4 Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD

Nos licenciamentos ambientais de portos e empreendimentos associados, deve ser solicitado o Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD, com a finalidade de agregar o Plano de Controle Ambiental definidos no EIA. O PRAD é utilizado para o planejamento de recomposição das áreas ambientais degradadas e sua elaboração deve estar em consonância com as diretrizes que constam na NBR 13.030, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, assim como, nas demais normas pertinentes (ANTAQ, [s/d]).

4.2.5 Compensação Ambiental

A compensação ambiental é procedimento fundamentado no EIA com a finalidade de fazer a recomposição de recursos naturais e a biodiversidade afetada pela atividade objeto do licenciamento ambiental. O valor definido para essa finalidade depende do grau do impacto causado. Entretanto, o valor mínimo deve corresponder ao quantitativo de meio por cento dos custos totais do empreendimento/atividade.

Oportuno enfatizar que, consoante argumento elaborado por Cruz (2012, p. 13), quando a execução é parcial ou total, com recursos federais, de obras de médio e grande porte que afetarão consideravelmente o meio ambiente e a sociedade, "os órgãos federais incluirão no mesmo orçamento um por cento destinados à prevenção ou à correção desses efeitos".

4.3 A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO

O órgão ambiental competente para tramitar o processo de licenciamento ambiental deverá ser integrante do SISNAMA. A tramitação do processo para o licenciamento ambiental é realizada em várias etapas, definidas pelo órgão ambiental competente, iniciando com o requerimento do pedido de licença ambiental pelo empreendedor, o qual acompanhará todo o procedimento durante a tramitação do processo.

4.3.1 Análise da Documentação

Durante o procedimento de análise da documentação, que se fará em evento único, o órgão ambiental competente analisará todos os documentos, projetos e estudos ambientais apresentados pelo empreendedor, com a presença deste (CRUZ, 2012). De acordo com a classe do empreendimento a ser tramitada o requerimento da licença ambiental, poderá o órgão ambiental competente requerer vistorias técnicas quando necessário, nesse caso, compete ao órgão ambiental competente.

4.3.2 Vistoria Técnica

Durante o processo de licenciamento a empresa receberá a visita da equipe técnica do órgão licenciador para a verificação das condições do empreendimento. Esta vistoria avalia o atendimento às exigências realizadas pelo órgão ambiental e acompanha a execução das medidas de controle propostas pelas empresas em seu memorial descritivo (CRUZ, 2012).

A equipe técnica encarregada da vistoria, com base nos resultados encontrados, decide os itens ou parâmetros que devem ser ajustados, e se a implantação de métodos mais eficazes de controle ambiental é necessária. Neste caso a empresa receberá uma notificação definindo as exigências e seus prazos, os quais devem ser cumpridos para que a licença possa ser expedida.

4.3.3 Expedição, Validade e Renovação da Licença

Cumprida todas as exigências legais no processo de licenciamento ambiental e não havendo irregularidades, dúvidas e/ou complementos ainda não sanados em algumas das etapas do procedimento, caberá ao poder público, expedir a licença solicitada. O prazo de validade de cada licença varia de atividade para atividade de acordo com a tipologia, a situação ambiental da área onde está instalada, e outros fatores.

O órgão ambiental licenciador estabelece os prazos e os especifica na licença de acordo com os parâmetros estabelecidos na Resolução CONAMA 237/97, assim resumidos: LP, “no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos”. LI “no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos”. LO “deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos” (BRASIL, 1997).

A LP e a LI poderão ter os prazos de validade prorrogados, desde que não ultrapassem os prazos máximos estabelecidos na tabela anterior. No caso da LO, deve-se requerer a renovação até 120 dias antes do término da validade fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até a manifestação

definitiva do órgão ambiental competente, conforme o artigo 18, §3º e § 4º, da Resolução CONAMA 237/97.

4.3.4 Fiscalização sobre o Cumprimento das Condicionantes da Licença

Cabe ao órgão ambiental licenciador proceder a fiscalização do cumprimento da condicionante da licença mediante realização de inspeções nas instalações do empreendimento, verificando a situação do ponto de vista documental perante o órgão ambiental (se a licença ambiental está dentro do prazo de validade, se está utilizando produtos certificados como lenha, por exemplo, se está fazendo a destinação correta dos resíduos), bem como fazendo uma checagem dos pontos críticos nas instalações passíveis de provocar alguma degradação ambiental (SÁNCHEZ, 2013).

Portanto, a fiscalização destina a impedir o estabelecimento ou a continuidade de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, ou ainda, aquelas que estejam sendo realizadas em desconformidade com o que foi autorizado pelo órgão ambiental licenciador, que poderá modificar as condicionantes, desde que suas decisões sejam motivadas, assim como as medidas de controle e adequação, suspensão ou cancelamento de licença expedida, conforme estabelecido nos artigos 19 e 20, da Resolução CONAMA 237/97:

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O licenciamento ambiental é uma das ferramentas mais importantes do direito ambiental para a prevenção e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras, exatamente por ser um dos únicos instrumentos da PNMA que, de fato, encontra-se implantado e vem sendo operacionalizado, por reunir todas as responsabilidades ambientais e de planejamento, além de viabilizar a proposta da sustentabilidade ambiental.

Após o recebimento do requerimento, o órgão ambiental definirá quais etapas serão necessárias para dar prosseguimento ao processo de acordo com a classe do empreendimento e suas atividades, bem como o local e a região a ser instalado. Durante a tramitação do processo, o órgão ambiental competente fará às exigências

cabíveis de acordo com a necessidade, como também fará solicitações e esclarecimentos quando necessário.

O EIA/RIMA são os documentos mais importantes e que detalham de forma exaustiva o impacto e a viabilidade ambiental do empreendimento, sendo indispensável no caso de licenciamento de qualquer obra em de portos atividades assemelhadas. Ele é produzido com base nas orientações do órgão ambiental licenciador e sua avaliação e aprovação são obrigatórias para a liberação da LP a partir da qual é possível solicitar financiamentos que possam viabilizar o investimento.

Para dar início às obras é necessário que o órgão ambiental licenciador emita a LI que é liberada com a entrega de estudos ambientais específicos que detalham as ações necessárias para mitigar os impactos identificados quando da instalação do empreendimento. Nesta etapa é obrigatória a apresentação do programa de gerenciamento ambiental. Ao final da obra, o empreendedor solicita ao órgão ambiental a LO que autoriza a atividade portuária a ser exercida pelo empreendimento.

No sentido de ressaltar a importância do licenciamento ambiental de portos atividades assemelhadas é pertinente assinalar que, desde 2010, a Secretaria de Portos acompanha e coordena, por meio da Diretoria de Revitalização e Modernização Portuária, o licenciamento ambiental de 17 portos marítimos do Programa Nacional de Dragagem (Fortaleza, Natal, Areia Branca, Cabedelo, Recife, Suape, Salvador, Aratu, Rio de Janeiro, Itaguaí, Angra dos Reis, Vitória, Santos, Paranaguá, São Francisco do Sul, Imbituba, Itajaí, Rio Grande)³

Além disso, acompanha licenciamento para 15 obras de dragagem de aprofundamento, das quais 06 foram licenciadas pelo IBAMA (Portos do Rio Grande, Salvador, Aratu, Santos, São Francisco do Sul e Paranaguá) e 09 pelos órgãos estaduais de meio ambiente (Fortaleza, Natal, Cabedelo, Vitória, Rio de Janeiro, Itaguaí, Angra dos Reis, Imbituba e Itajaí)⁴.

A obra do porto de Cabedelo/PB foi licenciada pela Superintendência de Desenvolvimento do Meio Ambiente (SUDEMA), órgão vinculado ao SISNAMA que, consoante os regramentos descritos nesse estudo, a exemplo da Resolução Conama

³ Sobre esses dados conferir a publicação feita por Silva (2014) e que se encontra referenciada no final desse trabalho.

⁴ Dados extraídos da publicação feita por Silva (2014).

237/97 e da LC 140/2011 possui competência para licenciar, monitorar e fiscalizar essa obra, dado que a Secretaria de Meio Ambiente do município de Cabedelo, local onde a obra está instalada e o porto em operação não está devidamente aparelhada para efetuar licenciamento ambiental de obra desse porte.

REFERÊNCIAS

ANTAQ. **Impactos potenciais ou efetivos causados pela atividade portuária.**

Agência Nacional de Transportes Aquaviários, 2017. Disponível em:

http://antaq.gov.br/Portal/MeioAmbiente_Os_impactos_ambientais.asp. Acesso em: 20 maio 2017.

ANTAQ. **Manual de Licenciamento ambiental de portos.** Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Disponível:

http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/MeioAmbiente/manual_de_licenciamento_ambiental_nos_portos_%282%29.pdf. Acesso em: 9 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional

do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 02 set.

1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. **Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre o Regime Jurídico da

Exploração dos Portos Organizados e das Instalações Portuárias, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8630.htm.

Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.** Fixa normas, nos

termos dos incisos III, VI e VII do **caput** e do parágrafo único do art. 23 da

Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da

competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à

proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de

agosto de 1981. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. CONAMA, **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013**. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015**. Regulamenta o disposto no art. 7º, caput, inciso XIV, alínea “h”, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, para estabelecer as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8437.htm. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. **Guia de procedimentos o licenciamento ambiental federal**: documento de referência. (2002). Brasília: IBAMA/MMA/BID/PNUD. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/Procedimentos.pdf. Acesso em: 9 mar. 2017.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **Curso de gestão ambiental**. 2. ed, atual. e ampl. São Paulo: Manoele, 2014.

CRUZ, Graziela Fregonez Baptista. **Dossiê técnico: licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: REDETEC, 2012. Disponível em: <http://www.respostatecnica.org.br/dossie-tecnico/downloadsDT/NjExNQ==>. Acesso em: 9 mar. 2017.

FIGUEIREDO FILHO, Francisco Freire de; MENEZES, Maria do Socorro da Silva. **Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2014 (col. sinopses jurídicas).

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOFMANN, Rose Mirian. **Impactos ambientais causados pelas obras de construção e ampliação de portos marítimos no Brasil com ênfase nas comunidades pesqueiras**. Brasília, DF: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: [http://web.antaq.gov.br/Portal/pdf/MeioAmbiente/manual_de_licenciamento_ambiental_nos_portos_\(2\).pdf](http://web.antaq.gov.br/Portal/pdf/MeioAmbiente/manual_de_licenciamento_ambiental_nos_portos_(2).pdf). Acesso em: 9 mar. 2017.

JESUS, Rosane Dória. **Porto e meio ambiente**: um estudo bibliográfico sobre os principais impactos ambientais produzidos pela atividade portuária. (Artigo Científico) Pós-Graduado (lato sensu) em Gestão Ambiental Portuária à Universidade Santa Cecília, 2015. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/sepm/portuarios/monografias/porto%20meio_ambiente_estudo_bibliografico.pdf. Acesso em: 9 mar. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PORTO, Marcos Maia; TEIXEIRA, Sergio Grein. **Portos e meio ambiente**. São Paulo: Aduaneiras, 2013.

RIMA. Relatório de impacto ambiental: terminal fluvial e granéis sólidos da Cargill Agrícola Ltda. rev. e atual. In: Cargill, 2010. Disponível em: http://www.cargill.com.br/wcm/groups/public/@csf/@brazil/documents/document/cargill_brasil_rima.pdf. Acesso em: 20 abr. 2017.

SÁNCHEZ, Luís Enrique. Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos. Oficina de Textos. São Paulo, 2013

SILVA, Bruno de Amorim. **Licenciamento ambiental**. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil: Secretaria Nacional de Portos, 2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/meio-ambiente/licenciamento-ambiental>. Acesso em: 20 abr. 2017.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva.2013

VASCONCELOS, Flávia Nico. **Os Desafios da Legislação Ambiental para os Portos**: A Interface Ambiental no Porto de Vitória/ES. In: ANPUR, 2014. Disponível em: <http://anpur.org.br/app-urbana-2014/anais/ARQUIVOS/GT2-100-15-20140510164720.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2017.

O CONFLITO JURÍDICO E ÉTICO ENTRE O ABORTO E O SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

THE LEGAL AND ETHICAL CONFLICT BETWEEN ABORTION AND PROFESSIONAL MEDICAL SECRECY

JEFFERSON PINHEIRO DINIZ*
GABRIELLA HENRIQUES DA NOBREGA**

RESUMO

Tendo por objetivo realizar um estudo para aclarar as causas jurídicas, éticas e morais que justifiquem a atuação profissional médica de acordo com a lei vigente, mesmo que contrarie a sua concepção subjetiva sobre o aborto, esse estudo se volta para a área do direito penal. Para efetivação deste objetivo, verificamos o arcabouço jurídico que rege o princípio do sigilo profissional na atuação médica, bem como os argumentos éticos e morais que favorecem a aplicação da lei. Justificamos a vinculação do profissional da saúde à lei, independente de sua concepção pessoal. Averiguamos a conduta do profissional diante do confronto jurídico, entre o dever de sigilo e ser partícipe de uma conduta ilícita, seja por ação, ao verificar no ato do diagnóstico clínico o aborto em curso, ou por omissão, quando este já ocorreu, devendo o profissional resguardar a vida da paciente. Para isso, realizamos uma pesquisa bibliográfica, descritiva e documental, especialmente das doutrinas jurídicas atualizadas, legislação e atos normativos vigentes. Entre nosso embasamento, buscamos amparo na Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002, Código Penal de 1940, Código de Ética Médica, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, concluindo que os médicos devem atuar de maneira sigilosa, com razões éticas que devem lhe fazer seguir as leis do ordenamento jurídico, mesmo que a legislação contrarie seu âmbito moral. Como contribuição do nosso trabalho tem o reforço literário e acadêmico de estudos que enlaçam o conflito ético e jurídico entre o aborto e o sigilo médico, como perspectivas de futuras pesquisas podem nortear para reflexões acerca do registro da necessidade do estudo que visitem o embate moral e jurídico entre a atuação de um profissional de saúde e a prática ilícita do aborto.

PALAVRAS-CHAVE: Sigilo Médico. Conflito Jurídico e Ético. Aborto.

* Aluno concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da Fesp Faculdade, semestre 2017.2. Médico, Pós Graduado em Ginecologia e Obstetrícia, Docente da disciplina de Obstetrícia da FAMENE. E-mail: jeffersondinis@icloud.com

** Perita Oficial Criminal da Polícia Civil no Instituto de Polícia Científica da Paraíba. Mestranda em Perícias Forenses pela Universidade Estadual de Pernambuco. Especialista em Ciências Jurídicas Lato Sensu pela Universidade Potiguar. Especialista em Gestão Estratégica da Segurança Pública pela UEPB. Especialista em Perícia Criminal pela Verbo Jurídico. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba e Ciências Contábeis também pela Universidade Federal da Paraíba. Professora e Coordenadora da Graduação em Direito da FESP Faculdades. Professora da Graduação em Direito do IESP Faculdades. Professora da Pós Graduação da FESP. Professora convidada da Pós Graduação da FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba, do IESP e do UNIPÊ - Centro Universitário de João Pessoa. Tutora de Balística Forense da SENASP Ministério da Justiça. Professora Instrutora da Academia de Ensino da Polícia Civil do Estado da Paraíba. E-mail: gabriellanobrega@gmail.com.

ABSTRACT

With the objective of carrying out a study to clarify the legal, ethical and moral causes that justify the medical professional performance according to the current law, even if it contradicts its subjective conception about abortion, this study focuses on the area of Criminal Law. To achieve this objective, we verify the legal framework governing the principle of professional secrecy in medical practice, as well as the ethical and moral arguments that favor law enforcement. We justify the binding of health professionals to the law, regardless of their personal conception. We investigate the professional's behavior in the face of legal confrontation, between the duty of secrecy and being a participant in an unlawful conduct, either by action, when verifying in the act of clinical diagnosis the abortion in progress, or by omission, when it has already occurred, thus the professional must protect the life of the patient. For this, we carry out a bibliographical, descriptive and documentary research, especially of the updated legal doctrines, legislation and normative acts in force. Among our bases, we sought support in the Federal Constitution of 1988, Civil Code of 2002, Penal Code of 1940, Code of Medical Ethics, Universal Declaration of Human Rights of 1948, concluding that physicians should act in a secretive manner, with ethical reasons that must make it follow the laws of the legal order, even if the legislation contradicts their moral beliefs. As contributions of our work we have the support of literary and academic studies that link the ethical and legal conflicts between abortion and medical confidentiality, as perspectives of future research may lead to reflections about taking record of the need for the study that visits the moral and legal conflict between the performance of a health professional and the illicit practice of abortion.

KEYWORDS: Medical Confidentiality. Legal and Ethical Conflict. Abortion.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que infelizmente na maioria das vezes o aborto é praticado ao arpeio da lei e não de acordo com as suas exceções, previstas em lei. Discussões doutrinárias, éticas, religiosas e médicas a parte, a realidade brasileira é cruel, haja vista a clandestinidade da prática do aborto e a falta de clareza estatística tornam muito difícil tratar o assunto como realmente deveria, uma questão de saúde pública.

O artigo em questão irá explorar o tema através do seu arcabouço jurídico, explorando-o nos diversos ramos do direito, seja no administrativo, civil ou penal, principalmente no que concerne a punição do médico que divulgar tal fato sigiloso. Também serão expostos os argumentos éticos e morais que devem motivar o profissional médico a seguir a legislação vigente e o porquê deste ser vinculada a atuação conforme as normas impostas, de forma estrita, independente de sua concepção individual.

O estudo foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, descritiva e documental, a fim de explorar o conflito jurídico e ético entre o aborto e o sigilo médico, buscando explicitar a importância do problema e elucidar a atuação destes profissionais, exemplificando, que na prática, é uma situação muito recorrente no nosso sistema de saúde.

Em face ao exposto, o médico ao se defrontar com uma situação de aborto encontra-se em uma posição complexa. A primeira vista, ele é quem consuma o crime, ou seja, quem efetivamente realiza o aborto, portanto, será no mínimo partícipe do delito. Ocorre que o sigilo profissional salvaguarda tanto o médico quando a paciente, constituindo um dos pilares mais antigos e universais dessa profissão.

Além de envolver um conflito legal, recai sobre o médico, um dilema ético e moral. Visto que ao atuar em sigilo médico-paciente, estaria o mesmo atuando omissivamente, protegendo, indiretamente, a eventual conduta criminosa. No entanto, se denunciar o ato ilícito, estará ferindo o Código de Ética Médica profissional vigente, o qual veda esta conduta, nos termos do Art. 73.

O trabalho utilizou argumentos que justificam a atuação do profissional de saúde, preservando a sua dignidade, como também a da paciente. Onde buscou convencer o profissional a atuar sem subjetivismo diante do aborto, preservando os dois lados envolvidos, a paciente e o médico. Com isso, evitando que o médico sofra consequências administrativas, cíveis e penais, como também o constrangimento e eventual ação penal em relação ao fato.

2 ELEMENTOS EMBRIOLÓGICOS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA

Atualmente, as controvérsias sobre quando se inicia a vida, acarreta várias discussões acaloradas, tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito científico. Sendo assim, iremos buscar analisar várias vertentes sobre quando se inicia a vida, contribuindo, de forma significativa para a exposição de diversas opiniões doutrinárias.

A partir dessas considerações, nesta parte da pesquisa, expõem-se a visão histórica da embriologia, relatando os fundamentos éticos e morais e a vinculação do médico na lei, extraindo assim, a magnitude do estudo embriológico a respeito do primórdio da vida humana com a finalidade de estruturação do aporte teórico que será utilizado na análise do tema, daí a importância desta pesquisa.

2.1 VISÃO HISTÓRICA SOBRE A EMBRIOLOGIA

A contribuição grega foi de extrema valia para a ciência embriológica, onde os primeiros estudos registrados sobre tal ciência foram encontrados nos livros de Hipócrates (Pai da Medicina). Outro magnífico estudioso da embriologia foi Aristóteles, considerado o fundador da embriologia, embora este tenha desenvolvido erroneamente a ideia de que o embrião se desenvolve a partir de uma massa amorfa, descrito por ele como “semente informe, com uma alma nutritiva e todas as partes corporais” (MOORE; PERSAUD, 2016).

Em 1827, aproximadamente 150 anos após a descoberta do espermatozóide, von Baer (apud MOORE; PERSAUD, 2016), Pai da Embriologia moderna, descreveu o ovo/ovócito no folículo ovariano de uma cadela este observou também zigotos em divisão na trompa uterina e blastocistos no útero sendo sua contribuição de grande importância para o conhecimento de tecidos e órgãos das camadas descritas por Malpighi, cientista que em 1675 visualizou embriões jovens no que acreditava serem ovos de galinha não fecundados.

Edwards e Steptoe (apud MOORE; PERSAUD, 2016) pioneiros na técnica de fertilização in vitro foram os responsáveis pelo nascimento em 1978 do primeiro “bebê de proveta”, um dos grandes avanços mais transformadores na história da reprodução humana, dando a partir daí a opção de milhares de casais in fértis a experimentar o milagre do nascimento da vida.

Com o surgimento e avanços da biologia molecular começamos a entender quando e onde os genes selecionados são ativos e expressos durante o desenvolvimento normal e anormal. A partir desse desenvolvimento cromossomial verificamos, se a vida em curso é viável ou não, e se viável se é maléfica ou não à genitora.

2.2 ONDE SE INICIA A VIDA?

O segmento que segue foi elaborado a partir dos ensinamentos de MOORE; PERSAUD (2016) mostrando que o desenvolvimento humano inicia-se com a concepção ou fertilização para formarem uma única célula denominada zigoto. A fertilização se completa quando os cromossomos paternos e maternos se misturam

durante a metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto, a célula que dá origem ao ser humano no percorrer da tuba uterina o zigoto sofre clivagem/divisão chamadas blastômeros, onde após três dias da fertilização esse conjunto de divisão mitótica passa a ser chamada de mórula e penetra no útero.

Ao final da primeira semana pós-fertilização o blastocisto está implantado superficialmente no endométrio. A formação do tubo neural se dá a contar nametade da quarta semana gestacional. O embrião humano com vinte e oito dias já se observa facilmente reconhecível a saliência cardíaca e conseqüentemente com seus batimentos cardíacos, detectável ao exame ultrassonográfico.

No final da oitava semana o embrião já apresenta características humanas inquestionáveis dentre essas, a cabeça, a região do pescoço, as pálpebras, os olhos estão abertos, a aurícula do ouvido externo começa a ganhar forma definitiva e embora existam diferenças sexuais na genitália externa, não permitindo ainda uma identificação da distinção dos sexos precisa por leigos.

O período fetal se inicia da nona semana até o nascimento, é o período em que a velocidade do crescimento do corpo é enorme principalmente entre a nona e a décima sexta semana e o ganho do peso fetal é formidável durante as semanas finais, fetos pesando menos de quinhentos gramas ao nascer geralmente não sobrevive entre quinhentos e mil gramas podem sobreviver (crianças imaturas) e a maioria dos fetos pesando entre mil e quinhentos e dois mil e quinhentos gramas sobrevive, mas enfrenta dificuldade (infantes prematuros).

O aborto é uma realidade constante no decorrer dos tempos, sendo um fato permanente em diferentes culturas e em todos os níveis sociais. No Brasil, é um acontecimento que diverge opiniões críticas, e em regra geral, é um crime tipificado pelo código penal, nos casos de abortos provocados, excetuando-se apenas nos casos mediante autorização judicial, a exemplo de violência sexual, anencefálicos, e quando há risco de vida da genitora. Conforme está exposto no art. 124 do CP: “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos” (BRASIL, 1940).

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o aborto até o terceiro mês de gestação não é ato infracional. Tal sentença, foi realizado pela Primeira Turma do STF, onde os ministros analisaram um processo em que cinco pessoas foram presas em uma clínica de aborto em Duque de Caxias, Rio de Janeiro. Segundo os ministros

Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Edson Fachin, a criminalização do aborto ainda no primeiro trimestre da gravidez fere a Constituição Federal (STF - Habeas Corpus (HC) nº 124306).

Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto no primeiro trimestre de gestação violam direitos fundamentais da mulher, como o direito à autonomia, à integridade física e psíquica, a seus direitos sexuais e reprodutivos e à igualdade de gênero.

Muitos casos de abortos provocados terminam em um atendimento hospitalar, tendo em vista que é realizado de forma clandestina, afetando seriamente a saúde da mulher, colocando-a diversas vezes em risco de morte. Ou seja, em muitos casos um profissional da saúde se encontrará em um dilema ao receber uma paciente nesse estado clínico, tendo em vista as concepções pessoais que poderão motivá-lo a denunciar a conduta criminosa, no entanto, há um regramento normativo que o proíbe de divulgar o ocorrido nos moldes do art. 73 do Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:[...]

Art. 73. **Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão**, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Infelizmente, em alguns casos, o profissional em meio a este impasse, acaba denunciando a paciente, a qual responderá a uma ação penal pelo crime praticado. No entanto, o profissional também responderá pelo ato praticado, por quebra do sigilo profissional, podendo perder seu registro no conselho profissional, além de responder civilmente (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015).

Diante destas considerações, surge a importância de definir quando o feto ou embrião se torna humano ou vivo (se na concepção, no nascimento ou em um ponto intermediário) e a primazia do direito da mulher grávida sobre o direito do feto ou embrião. Assim sendo, o aborto é definido como a interrupção de uma gestação antes de vinte semanas, ou expulso com menos de quinhentos gramas.

Após estudos realizados acerca do sistema nervoso do embrião, encontram-

se indícios que este desenvolvimento surge a partir de 20 semanas de gestação ou até depois de dezessete semanas, como explica a pesquisadora Glover (2015, [s/p]):

‘Para Vivette Glover, pesquisas sugerem que o desenvolvimento do sistema nervoso ocorre mais cedo do que se imaginava. Existem evidências de que o sistema nervoso se desenvolve a partir de 20 semanas de gestação ou talvez até depois de 17 semanas. Já que há a possibilidade de dor, nós deveríamos dar ao feto o benefício da dúvida, ‘diz ela, que conclui defendendo a utilização de anestesia. Ela pondera, porém, que a dor dos fetos é provavelmente menos intensa’. A teoria ganhou apoio de entidades contrárias ‘a realização de abortos’. ‘É mais uma prova de que a vida humana começa no momento da concepção’, diz Kevin Male, da organização britânica Life.’

Contudo, a questão da dor fetal é difícil de determinar, uma vez que o feto não pode comunicar o que está sentindo, tal observação leva em consideração os estudos realizados diante da dúvida passando a defender a ideia de utilização da anestesia fetal durante a interrupção da gravidez, preservando e defendendo segundo o Código de Ética Médica que o paciente não sinta dor em nenhum momento do seu estágio agonizante.

3 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O SIGILO DE ATUAÇÃO DO MÉDICO

A atuação do profissional médico ao presenciar casos de abortos provocados pela paciente é um problema que aborda não só conflitos jurídicos, como também éticos, os quais se interligam e podem entrar em conflito. Deste modo, este artigo visa abranger ambos os aspectos, com o intuito de apresentar uma justificativa legal e ética para a atuação do profissional da saúde.

Assim, este estudo tem como objetivo explicar os próprios conflitos legais, além de mostrar os aspectos éticos e morais sobre o tema, a fim de buscar uma ponderação entre os diversos valores em conflito que justifique a atuação do profissional de acordo com a lei. Essa pesquisa aborda controvérsias que envolvem o direito penal, constitucional e o estudo da ética, unindo-os em um contraponto que busque não excluir algum direito fundamental, mas preponderar um dos mais valiosos, que é o direito à vida, não em uma concepção estrita, mas abrangente, de forma a garantir a dignidade da pessoa do paciente e do profissional da saúde.

Diante do exposto, é dever do médico, em qualquer circunstância, a proteção de dados sigilosos do paciente, salvo as exceções previstas em lei (CREMESP,

2016), independente do seu foro íntimo, considerando falta ética grave o não cumprimento do seu dever legal. O princípio do sigilo médico-profissional encontra-se regulado pelo Código de Ética Médica, nos termos do art. 73, já exposto, pelo Código Penal, em seu art. 154:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tenha ciência, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena - detenção de 3 meses a um ano ou multa de 1 a 10 mil cruzeiros (BRASIL, 1940).

Aprofundando este princípio encontramos no Código Civil, outra definição, conforme os art. 21 e art. 144. In verbis:

Art. 21 - A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Art. 144 - Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deve guardar segredo (BRASIL, 2002).

E inclusive, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece:

Art. 12 - Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei (UNITED NATIONS, 1948).

Além dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da intimidade (CF, art. 5º, X):

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Baseado na normatização exposta, o CFM (Conselho Federal de Medicina), editou a resolução de no 1605/2000, o qual disciplina o sigilo da relação médico-paciente, nos seguintes termos:

Art. 1º - O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.

Art. 2º - Nos casos do art. 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente.

Art. 3º - Na investigação da hipótese de cometimento de crime o médico está impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo criminal.

Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento.

Art. 5º - Se houver autorização expressa do paciente, tanto na solicitação como em documento diverso, o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário médico diretamente à autoridade requisitante.

Art. 6º - O médico deverá fornecer cópia da ficha ou do prontuário médico desde que solicitado pelo paciente ou requisitado pelos Conselhos Federal ou Regional de Medicina (BRASIL, 2009).

Além da legislação e atos normativos mencionados, que busca a atuação sigilosa do médico, vale lembrar que em caso de descumprimento, poderá o profissional sofrer um processo administrativo perante o conselho profissional em que atua, além de responder penalmente, mediante representação do ofendido, nos moldes do parágrafo único do art. 154 do CP, já exposto, além da responsabilidade civil em relação aos danos provenientes da quebra do sigilo, nos termos do art. 186 e art. 927 do código civil (TARTUCE, 2016, p. 486/487):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002)

Ou seja, o ordenamento jurídico prevê diversas formas de penalização do profissional da saúde em casos de quebra do sigilo, seja pela responsabilização

administrativa, civil e penal. Além de possibilitar a reparação de danos exigível pela paciente que teve sua privacidade violada pela divulgação do ato ilícito pelo médico que a atendeu.

Como foi exposto inicialmente, juridicamente, no dia 29/11/2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu descriminalizar o aborto no primeiro trimestre de gestação. Seguindo o voto do ministro Luís Roberto Barroso, o colegiado entendeu que são inconstitucionais os artigos do Código Penal Brasileiro que criminalizam o aborto. No entanto, o entendimento, valeu apenas para um caso concreto julgado pelo colegiado, na data acima, mas abriu um precedente na mais alta Corte do país para a descriminalização para mulheres ou médicos que realizem o aborto (STF - Habeas Corpus (HC) nº 124306).

A decisão da turma foi tomada com base no voto do ministro Luís Roberto Barroso, seguindo-o os ministros Rosa Weber e Edson Fachin, onde consideraram que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não configura crime. Os cinco ministros da Primeira Turma do STF votaram pela manutenção da liberdade dos envolvidos no caso concreto, sobre a prática do aborto. Contudo, os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux não votaram sobre a questão do aborto e deliberaram apenas sobre a legalidade da prisão. No entanto, segundo o Código Penal Brasileiro, a mulher que aborta está sujeita a prisão de um a três anos; já o médico pode ficar preso por até 4 anos.

Dentre os pontos da decisão do ministro Luís Roberto Barroso, que embasaram o seu voto contra a criminalização do aborto nos três primeiros meses de gestação, estão:

‘A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria’.

‘Ao se afirmar a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro’.

‘Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e

não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida?’

‘A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva.’

‘Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não.’

Diz ainda o referido voto do ministro Luís Roberto Barroso :

‘A tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.’

‘Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, consequentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido.’

‘Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.’

‘Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja – geralmente porque não pode – ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um.’

‘É preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto’ (STF - Habeas Corpus (HC) nº 124306).

Além desses fundamentos, o ministro Luís Roberto Barroso também considerou o impacto da criminalização sobre mulheres pobres. Citando pesquisas internacionais, o ministro Barroso considerou que punir com prisão não diminui o número de abortos, classificando como “duvidosa” a idéia de que criminalização protege a vida do nascituro.

Afirmou também, que o Estado dispõe de outros meios para evitar a prática, como educação sexual, distribuição de contraceptivos e apoio a mulher que, embora

queira ter filhos, enfrenta dificuldades para criar uma criança. Por fim, entendeu que a prisão traz mais custos sociais que benefícios, levando-se em conta os problemas de saúde e mortes provocadas por métodos perigosos de realizar o aborto clandestino. Atualmente, a prática do aborto só não é punida com prisão caso a gravidez seja resultado de um estupro, caso haja risco para a vida da gestante ou no caso de fetos anencéfalos, deficiência que inviabiliza a vida do nascituro após o nascimento.

4 FUNDAMENTOS ÉTICOS E MORAIS

Na prática ética analisamos esta sob três aspectos: a relação médico-paciente, a relação dos médicos entre si, e deles com a sociedade. Assim sendo, o estudo da ética tem como importância o aspecto funcional da sociedade, permitindo, que estabeleça as normas para a convivência pacífica entre as pessoas, orientando os profissionais da saúde na finalidade de respeitar aos interesses individuais (HIPÓCRATES, 2016).

O aborto é um dos pontos mais controversos da ética médica. Há dois posicionamentos opostos bem delimitados na discussão sobre a prática do aborto. A primeira, pró-vida ou conservadora, ampara o direito moral da vida do feto. A segunda, pró-escolha ou liberal, compreende que a mulher tem um direito moral sobre o próprio corpo, o que lhe permite fazer o aborto.

O primeiro fundamento abrange o direito moral à vida do embrião ou feto, afirmando que os fetos têm esse direito, sendo assim, o aborto é errôneo, pois a proteção à vida tem um significado superior à escolha da mulher. O dilema a partir dessa premissa é saber o que é precisamente uma pessoa, no sentido moral do termo, e se o feto ou embrião se adequa nessa descrição. Se o embrião é uma pessoa, ele tem direito à vida, caso contrário, é inutilizado desse direito.

O conceito clássico do que é uma pessoa foi elaborado pelo filósofo inglês John Locke (1632-1704) no Ensaio sobre o entendimento humano (1690). Definindo pessoa como “um ser inteligente, que possui razão e capacidade de reflexão, e pode considerar a si próprio como uma coisa que pensa em diferentes momentos e lugares; que o faz apenas por essa consciência, que é inseparável do pensamento e que me parece essencial a ele; sendo impossível para qualquer um perceber sem perceber que percebe” (LEITE, 2013).

Fetos não possuem autoconsciência, muito menos capacidade de raciocínio ou memória. Portanto, não atendem as particularidades definidoras de uma pessoa. Mas, sendo assim, pacientes em coma ou estado vegetativo também não teriam direito moral à vida, assim como crianças recém-nascidas, que não possuem ainda o discernimento.

Podemos invocar para a doutrina de Aristóteles da potência e ato, a fim de solucionar tal questão. Para Aristóteles, existe um ser em ato é um ser em potência, Potência é a faculdade para realizar algo, enquanto ato é a realização real dessa potencialidade. Por exemplo, se tenho a capacidade de andar (potência), e não for impossibilitado por circunstâncias externas, eu ando (ato).

Por essa óptica, o feto seria um indivíduo em potencial e, por esse motivo, praticar um aborto seria furtar o feto do direito a essa vida futura. Mas, diante disso, a clonagem humana, que hipoteticamente pode produzir outro ser a partir de uma célula, denota que qualquer célula poderia ser um indivíduo em potencial, o que, nesse caso, é uma faculdade ilógica.

Na segunda argumentação propõe que a mulher possui direitos sobre seu corpo, e, portanto, pode se deliberar pela cessação de uma gestação malquista ou de risco. O aborto, dessarte, seria uma prática inviolável dos direitos da mulher. Guardiões dessa premissa acreditam, via de regra, que o feto ou embrião ainda não é um indivíduo com as habilidades desenvolvidas, justamente, não haveria antagonismo de interesses entre direitos da mulher e do feto. Nesse sentido, deveria predominar a vontade da mulher.

No entanto, há ainda uma premissa derivada, mais rígida, elaborado pela filósofa Judith Jarvis Thompson. Segundo ela, mesmo que o feto tenha direito a vida, o aborto é eticamente possível, porque ele não consente que se utilize do corpo da mãe contra a vontade dela.

Para tal, Thompson (apud, LEITE, 2013) propicia o seguinte exemplo: um magnífico violinista que se encontra inconsciente, sofrendo de uma patologia renal fatal. Uma sociedade de amantes da música descobre que somente você possui o tipo sanguíneo do violinista. Eles então o sequestram e conectam o sistema circulatório do violinista ao seu organismo, de modo que seu rim filtre as impurezas de ambos os corpos. Um médico descobre a cirurgia clandestina e expõe a seguinte situação: caso você se desconecte, o violinista morre, mas se aceitar a condição por

um período de nove meses, salvara a vida dele.

De acordo com o filósofo supracitado, tanto você quanto o violinista tem iguais direitos a vida, só que esse direito não se superpõe ao de solucionar o que fazer com seu próprio corpo, direito este que o violinista não possui. Dessa forma, ao abortar, a mulher não estaria transgredindo o direito à vida, mas somente privando o feto de um direito que ele não tem de fato. Um dos dilemas mais patentes dessa premissa é que a mulher pode escolher engravidar ou não (a menos que tenha sido vítima de um estupro; nesse caso a analogia é válida), por isso teria responsabilidades. Ademais, o aborto eliminaria um feto saudável, ao passo que o violinista morreria em virtude da patologia.

No panorama utilitarista, o bem-estar da pessoa, e não seus direitos, é que seria levado em conta na resolução. Como o feto ou embrião não tem ainda percepção de bem-estar, o aborto seria uma prática moral admissível. Outra vertente argumenta que isso furtaria o bem-estar futuro desse feto, que em determinadas condições se desenvolveria plenamente.

Em suma, a polêmica evolui em torno de determinar se o feto é uma pessoa e, como tal, possui direito à vida - e se, mesmo que tenha esse direito, ele se superpõe ao da genitora em definir o que fazer com o próprio corpo. A opção da prática do aborto é sempre circunstancial, envolvendo muitas outras questões, além dos filosóficos. Entretanto, são discussões éticas que irão suprir base para a concepção de leis sobre o aborto e para a elaboração de políticas públicas.

A expressão ética e moral são frequentemente aplicadas como sinônimos, mas, embora estejam ligadas entre si, são dois conceitos diferentes. No contexto filosófico, ética e moral são duas expressões que se completam, mas que possuam origem etimológica e significados distintos. A autonomia do paciente é uma extensão da igualdade onde agregam o respeito ao ser humano. A definição para algumas pessoas do que é o respeito ao ser humano é no sentido de não prejudicá-la, mas em outras situações pensam que o respeito está ligado à sua autonomia pessoal, a liberdade e a autodeterminação.

Para Kant, moral é um dever e este assume a forma de um imperativo categórico, que trata do agir de tal maneira que se possa querer que a máxima de da ação de um indivíduo se torne uma lei universal, ou seja, dever é a necessidade de uma ação por puro respeito à lei, e a ética kantiana é considerada deontológica,

pois protege o valor moral de uma ação que se reside em si e não em suas consequências (LEITE, 2013).

De acordo com o filósofo supracitado, o homem é o criador de seus próprios valores morais, dirigindo a sua própria conduta; onde “uma ação não é obrigatória porque é boa, é boa porque é obrigatória”. Assim, a lei moral é um imperativo e obriga o homem ao dever, independente de seus valores subjetivos.

No caso, o profissional da saúde não deve dar publicidade ao ato ilícito, pois este estaria agindo de forma antiética em relação a sua paciente e ao juramento que este fez o chamado juramento de Hipócrates, onde, nos seguintes termos: “àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto” (HIPÓCRATES, 2016).

No tange a ética médica, o aborto é o item mais complexo, contendo questões legais, religiosos, médicos, socioculturais e políticos. O aborto pode ser considerado ético quando se trata das exceções previstas em lei, quais sejam gestantes correndo risco de vida, estupro e em anencéfalos. Existem discussões em caso de aborto decorrente de estupro, se é considerado aborto ético ou não. Portanto, alguns doutrinadores sustentam a ideia de não ser necessária a realização do aborto decorrente de estupro, por o feto ter a capacidade de vida extrauterina, mesmo sendo uma gravidez indesejada.

6 VINCULAÇÃO DO MÉDICO À LEI

Como exposto, o profissional de saúde está vinculado juridicamente, com embasamento ético, para seguir as orientações bioéticas referentes a proteção da honra, da intimidade e da imagem de sua respectiva paciente. Não só porque o ordenamento prevê diversas formas de penalizar ou responsabilizar o profissional de saúde em caso de descumprimento, mas também porque este tem o dever moral com à sociedade, a qual prestou juramento, devendo separar suas convicções pessoais em casos polêmicos como o aborto provocado.

O segredo médico apenas poderá ser fragmentado em três situações: quando há aprovação proferida do paciente, em caso de dever jurídico (no caso de notificações compulsórias a vigilância sanitária de doenças infectocontagiosas) e

quando há justa causa, devendo o profissional de saúde propalar um sigilo para proteger a saúde de um terceiro, por exemplo, um menor que sofreu um abuso.

O profissional da saúde não tem que ter atribuição de polícia ou magistrado. Mesmo que tenha um convencimento pessoal antagônico a prática do aborto, o médico não pode sobrepujar o Código de Ética que subjuga a atividade desáude. Médicos não têm o dever de comunicar o acontecimento de abortos a polícia, ainda que o ato seja infração, estando protegidos pela Constituição Federal, dando aos profissionais da saúde o refúgio do sigilo profissional (BRASIL,2009).

A segurança do paciente no sigilo profissional do médico que o assiste é primordial para que ele possa sentir-se tranquilo o suficiente para revelar seus dilemas . A existência do elo de confidencialidade, não é apenas Ética Profissional, mas também contratual. Caso o médico desrespeite o sigilo e comunique a autoridade policial, esta tem o dever de averiguar o crime.

Caso o paciente tenha cometido a infração e a polícia tenha tomado conhecimento através da quebra injustificada do sigilo profissional de saúde, a paciente que cometeu o crime pode demandar civilmente o médico que desrespeitou seu compromisso de manter sigilo, buscando a reparação financeira pelas perdas sofridas a partir da quebra de sigilo contratual do profissional de saúde, mesmo as partes não tenham assinado um contrato, muito menos um que mencionasse a obrigação do profissional de manter sigilo profissional.

Relações contratuais não são formadas apenas de forma escrita e não estão limitadas unicamente aos termos que estão contidos em uma determinada folha de papel. Os direitos de um consumidor, por exemplo, estão protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor ainda que não haja um contrato assinado entre o consumidor e quem lhe vendeu o produto ou prestou o serviço, valendo o mesmo, para os profissionais de saúde que tem a obrigação de manter o sigilo profissional.

Um contrato para matar alguém, por exemplo, é ilegal e seus termos são ilegítimos, mas o objeto do contrato entre o médico e o paciente, no caso do aborto provocado pela paciente, não é a prestação de uma atividade ilícita, mas de um serviço legal. Ilícito seria, por exemplo, se a paciente houvesse tentado contratar o médico para cometer o aborto. Nesse caso, sim, o médico teria não só o direito como a obrigação de informar a autoridade policial.

Mesmo o profissional da saúde alegando que nunca houve acordo contratual

entre ele e o paciente, o Art. 186 de nosso Código Civil, diz que : aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, o que gera a obrigação de retratação financeira (BRASIL, 2002).

O médico também poderá ser processado criminalmente por ter revelado, sem justa causa, segredo decorrente de sua atividade profissional, de acordo com o Art, 154 do Código Penal Brasileiro. E em caso de instauração de processo Ético Profissional, a condenação para esse tipo de infração pode variar entre uma sanção disciplinar até a cassação do direito de exercer a função médica, segundo o Código de Ética Médica (BRASIL,1940).

Diante disso, verificando que o segredo é endossado ao paciente onde o médico é simplesmente o guardião de um sigilo pessoal, deve tratá-la com respeito, preservando a sua vida, em sentido amplo, ou seja, não só no aspecto da existência, como também abarcando sua dignidade, devendo ela se sentir confortável para esclarecer a verdade dos fatos inerentes a sua saúde, a fim de não temer nenhum tratamento desumano ou degradante por parte do médico.

A preservação da paciente não se resume aos traços físicos e psíquicos, os chamados elementos materiais, mas, bem como os elementos imateriais, que são os espirituais e morais, inerentes à pessoa humana, conforme as lições de Cunha Júnior (2016, p. 587), sobre o direito à vida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sigilo médico é direito do paciente e dever do profissional de saúde, principalmente no que diz respeito aos vínculos interpessoais no âmbito da saúde. A garantia do sigilo médico proporciona a prática mais autônoma da heterogeneidade e da individualidade, protegendo contra intimidações externas possivelmente coercitivas.

A partir do concreto respeito ao sigilo médico, será possível, em muitos casos, conseguir autorização de acontecimento livre, posteriormente ao adequado esclarecimento, onde cabe apenas ao paciente pressupor suas próprias conjunturas, não temendo que as futuras repercussões de suas deliberações pessoais em saúde possam acarretar em seu meio.

Na esfera jurídica, o sigilo médico está associado aos direitos constitucionais da particularidade e da privacidade, sendo admitidos como essenciais no ordenamento pátrio, acompanhando os direitos humanos na esfera internacional e com ressonância na legislação infraconstitucional, inclusive as normas deontológicas.

Dentre as ressalvas ao dever do sigilo médico, sendo elas particulares e constituindo-se de acordo com as disposições éticas e lícitas, estão: no risco de vida para si ou para outrem e nos casos legalmente definidos, como as patologias de notificação compulsória e as suposições de maus-tratos contra incapazes ou indivíduos, em especial, indefesos.

Podemos enfatizar, ainda, que o prontuário médico pertence ao paciente, e que o setor de saúde exercita a função de guardião. Assim sendo, o acesso ao prontuário não pode ser franqueado às seguradoras e também, aos profissionais de saúde não correlacionados ao tratamento, e muito menos a familiares, a não ser que o paciente, quando apto, houver por bem autorizá-lo. Em se tratando de paciente incapaz, a deliberação cabe a seus responsáveis legais.

Há de salientar que o dever legal é considerado fundamental por lei, ao passo que a justa causa é facultada, mas depende da situação, das circunstâncias e das propensões do paciente. Por isso concluímos que a disposição do profissional médico sempre deverá ser em proteção da paciente, não correspondendo circunstanciais demoras ou impedimentos qualquer forma de tentativa de obstrução do exercício da justiça.

REFERENCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 5 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 13 abr. 2017

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931**, de 17 de setembro de 2009. **Código de Ética Médica**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 14 mar 2017.

CREMESP, Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Quebra e proteção do sigilo médico. In: **CREMESP**, 2016. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=CentroDados&acao=livro&pg=48>. Acesso em: 28 nov. 2016

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GLOVER, Vivette. Fetus sentem dor durante o aborto. In: **Bioabort**, 2015. Disponível em: <https://sites.google.com/site/bioabort/d>. Acesso em: 17 maio 2017.

HIPÓCRATES. Juramento de Hipócrates. Forma completa tradicional. Disponível em: http://www.ipebj.com.br/docdown/_a4247.pdf. Acesso em: 28 nov. 2016. Acesso em: 28 nov. 2016

LEITE, Flamarion Tavares. **10 lições sobre kant**. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

MOORE K L., PERSAUD T.V.N. **Embriologia Clínica**. 10. ed. Guanabara, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Qunitino de. O sigilo médico, o aborto e a lei: a relação médico-paciente, além de criar um vínculo obrigacional, vem acobertada pela confiabilidade que deve orientar as partes envolvidas. Migalhas. In: **Migalhas**, 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216334,91041-O+sigilo+medico+o+aborto+e+a+lei>. Acesso em: 28 nov. 2016.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**, 10 de dezembro de 1948. ONU, 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 28 nov. 2016

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 29 de novembro de 2016. **Habeas Corpus (HC) nº 124306** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso em: 28 maio 2017

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO: CONFRONTO ENTRE MORALIDADE TRIBUTÁRIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E PRIVACIDADE

COMPLEMENTARY LAW Nº 105/2001 AND BANK SECRECY DISCLOSURE: POSSIBLE CLASH BETWEEN TAX MORALITY, ABILITY TO PAY AND PRIVACY

RENATA RAQUEL DE MEDEIROS PEREIRA*
HERLEIDE HERCULANO DELGADO**

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade questionar a possibilidade da quebra do sigilo bancário pela administração tributária sem autorização judicial de acordo com a Lei Complementar nº 105/2001, tendo como embasamento as garantias individuais. No texto constitucional há previsão expressa dos direitos da privacidade, sigilo de dados e capacidade contributiva, e implicitamente, o da moralidade tributária, este como decorrência da moralidade administrativa. O objetivo do trabalho é analisar as considerações acerca de aspectos pertinentes a um eventual confronto entre esses interesses, dando destaque ao embate entre contribuintes e Estado, que se intensificaram mais ainda quando da edição da Lei Complementar 105/01, fomentando diversas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, em queo presente artigo tem o entendimento da inconstitucionalidade da lei por ofensa aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição federal de 1988 e destacar o posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 6º da Lei supracitada, no qual , segundo os Ministros a quebra do sigilo bancário representa uma violação à intimidade e privacidade dos contribuintes, tendo em vista que tais garantias não podem ser consideradas direitos absolutos, possuindo esse posicionamento um grande risco a justiça fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Moralidade Tributária. Sigilo Bancário. Lei Complementar nº 105/01.

ABSTRACT

The purpose of this article is to question the possibility of bank secrecy being breached by the tax administration without judicial authorization in accordance with Complementary Law 105/2001, based on individual guarantees. In the constitutional text there is an express provision of the rights of privacy, data confidentiality and contributory capacity, and implicitly that of tax morality, this as a result of administrative morality. The objective of this study is to analyze the considerations about aspects related to a possible confrontation between these interests,

* Aluna concluinte do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (Fesp), semestre 2017.1. e-mail renata.raquel@hotmail.com

** Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Anhanguera. Professora e Pesquisadora da Fesp Faculdades. Membro do Grupo NUPOD- Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito (DGP/CCJ/UEPB). Membro da Comissão de Estudos Tributário da OAB-PB.

highlighting the clash between taxpayers and the State, which were intensified even more when Complementary Law 105/01 was published, fomenting diverse doctrinal opinions and jurisprudence, in which this article has the understanding of the unconstitutionality of the law for offense to the fundamental rights foreseen in article 5, items X and XII of the Federal Constitution of 1988 and to highlight the recent position of the Federal Supreme Court on the constitutionality of Article 6 of the aforementioned Law, in which, according to the Ministers, the breach of bank secrecy does not represent a violation of the privacy and privacy of taxpayers, since such guarantees can not be considered as absolute rights, and this position poses a great risk to fiscal justice.

KEYWORDS: Privacy. Morality Tributary. Bank Secrecy. Complementary Law n 105/01.

1 INTRODUÇÃO

Esse trabalho visa questionar o poder da Administração Pública Tributária de quebrar o sigilo bancário sem autorização do Judiciário considerando um eventual confronto entre a privacidade, o sigilo de dados, a moralidade tributária, este como decorrência da moralidade administrativa e capacidade contributiva, dando ênfase ao embate entre contribuintes e Estado, que se intensificaram mais ainda quando da edição da Lei Complementar nº 105/2011.

A Constituição Federal de 1988 definiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, consagrando o pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Entre os direitos assegurados, temos o sigilo bancário e fiscal, que são garantias constitucionais decorrentes do artigo 5º incisos X e XII da Constituição Federal de 1988, onde se assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e este, por sua vez, torna inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Os direitos fundamentais não apresentam caráter absoluto, permitindo uma relativização em favor de outros direitos fundamentais de maior importância, propiciando nestes casos uma ponderação em cada caso concreto. Nos termos da Constituição, o Estado tem o poder de instituir, criar e majorar tributos, exercendo a fiscalização tributária, tendo como objetivo arrecadar tributos da população como

condição de custear as prestações colocadas à disposição de toda sociedade. Há pessoas que exercem seu direito constitucional de pagar tributos corretamente, mas também, existem os que não contribuem devidamente, utilizando meios ilícitos, e com isso acabam ofendendo o princípio da isonomia, que é o princípio basilar do regime democrático.

Assim, para assegurar que o cidadão contribua, de acordo com sua capacidade contributiva, o Estado deve operar procedimentos constitucionais legais com a finalidade de ter uma arrecadação eficaz dos tributos, dentre esses, foi implementada a Lei Complementar nº 105/2001, pelo qual à administração tributária pode ter acesso aos dados bancários dos contribuintes, independente de prévia autorização judicial, tendo como objetivo fiscalizar e garantir maior eficácia de recolher tributos e um monitoramento fiscal eficaz.

Essa Lei Complementar mostra como o Estado tem acesso aos dados bancários ao fiscalizar as transações feitas pelos contribuintes, podendo ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, evitando abusos, por parte dos agentes públicos. Desse modo, existe um verdadeiro confronto entre as prerrogativas do Fisco e os direitos fundamentais dos contribuintes, o que resultou ajuizamento de diversas Ações de Inconstitucionalidade em face da Lei Complementar 105/01, para afastar do ordenamento os efeitos dessa Lei, o que acarretou em diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, e recentemente, a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre sua constitucionalidade.

O presente estudo visa configurar a quebra de sigilo bancário ou uma simples transferência de dados frente à fiscalização tributária, relativizando como um direito fundamental, utilizando como metodologia o método indutivo, analisando a legislação, jurisprudência e doutrina pertinentes e coletando informações para uma leitura analítica, tendo como finalidade demonstrar e argumentar sobre a (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, dando ênfase aos artigos 5º e 6º, frente os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

2 O CONTEXTO HISTÓRICO DO SIGILO BANCÁRIO

Segundo Corvello (2001, p. 20-37), desde os primórdios da humanidade, o sigilo bancário passou por diversas fases que abrange o começo das grandes

civilizações como: babilônica, hebreia, egípcia e Greco-romana, enveredado pela transição e evolução da sociedade na idade média, e chega à fase capitalista que se compreende até os dias atuais. A divulgação mais antiga sobre a quebra do sigilo bancário foi descoberta no Código de Hamurabi, no qual o banqueiro podia mexer nos arquivos em casos de litígios com os clientes.

De acordo com o autor, na civilização romana os banqueiros já dispunham de um sistema de escrituração contábil. O tratamento sigiloso aos livros, registros e documentos eram dispensados, sendo necessário sua demonstração em caso de confronto entre o cliente e o banqueiro perante a justiça, contudo somente era preciso demonstrar parte da conta bancária necessária para construir a prova.

Em 1147, foi criado o Banco de São Jorge, organizando a atividade bancária como empresarial. Todos os funcionários deveriam manter o sigilo de tudo o que soubessem sobre os documentos e livros da instituição ou de seus clientes. Essas operações bancárias deveriam ser apenas de conhecimento das partes envolvidas, terceiros estranhos não poderiam ter acesso a essas informações (CORVELLO, 2011).

A Lei do Sistema Financeiro Nacional, de número 4.595, de 31 de dezembro de 1964, em seu artigo 38 § 5º delimitou o acesso da Administração Pública Tributária a documentos, livros e registros de contas de depósito somente no caso de existir processo instaurado e se o Poder Judiciário compreendesse que a análise daqueles fosse indispensável aos fins proferidos pela Administração. Eis o art. 38 § 5º da referida lei, revogado pela Lei Complementar 105/2001 conforme será demonstrado adiante:

Art.38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...]

§5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente (BRASIL, 1964).

Logo após, foi instituída a Lei n.º 8.021/90 que através de seu artigo 8º, estabeleceu que a Administração Tributária não precisava instaurar um processo judicial, mas apenas um procedimento fiscal em âmbito administrativo, afastando a necessidade dos requisitos previstos no artigo 38 § 5º da Lei nº 4595/1964.

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (BRASIL, 1990).

Entretanto, houve divergências sobre a aplicabilidade do alegado artigo da Lei 8.021/90, alguns mencionando sua inconstitucionalidade, por ser incompatível com o art. 197, inciso II e parágrafo único, da lei nº 5.172/66, e com o artigo 38, §5º da Lei nº 4595/64, ratificando a necessidade de autorização judicial para que a Administração pudesse ter acesso aos dados bancários dos contribuintes. O artigo 197, Inciso II, Parágrafo Único do Código Tributário Nacional, dispõe:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

II- Os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras; Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão (BRASIL, 1966).

A aludida inconstitucionalidade do artigo 8º da Lei nº 8.021/1990 tinha como fundamento a situação de que a Lei nº 4.595/1964 teria sido recepcionada com *status* de lei complementar pela Constituição Federal de 1988, ocasionando uma incompatibilidade daquela com os preceitos constitucionais que resguardavam os direitos da privacidade, inviolabilidade das comunicações e sigilo profissional, confirmando a necessidade de autorização judicial para que a Administração pudesse ter acesso aos dados bancários de contribuintes.

A Lei Complementar nº 105 entrou em vigor em de 10 de janeiro de 2001, apresentando os artigos. 5º e 6º, e revogando expressamente o art. 38 da Lei 4.595/64. A publicação dessa lei resultou em novas discussões acerca da (im)possibilidade e (in)constitucionalidade da quebra do sigilo bancário pela administração tributária, pois a mesma poderia obter informações fiscais do contribuinte sem autorização judicial, podendo apenas instaurar um processo administrativo ou procedimento fiscal em curso.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[...] § 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (BRASIL, 2001).

Os artigos acima expostos fazem concluir que vários são os requisitos impostos pela lei para que a administração tributária consiga ter informações fiscais ou bancárias dos usuários de serviços bancários sem autorização do judiciário, ocasionando diversas controvérsias acerca da sua (in)constitucionalidade, e se seria uma afronta ou não aos direitos fundamentais.

Neste caso, diversas Ações de Inconstitucionalidade foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal em face da Lei Complementar 105/01. Houve a apreciação das ADI 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, julgados em 24/2/2016 (Info 815) e um RE 601314/SP, julgado em 24/2/2016 (Info 815), em que estabeleceu que nessas situações não se exige a autorização judicial, como previsto no art. 6º, LC 105/2001, supracitado.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, este artigo foi considerado Constitucional. Assim, o Fisco pode pleitear diretamente às instituições bancárias a quebra de sigilo bancário, pois, segundo os ministros, o simples fato de se ter acesso aos dados bancários dos contribuintes não prejudica a proteção do direito fundamental do sigilo e da intimidade estabelecidas pela Constituição Federal.

Para a Suprema Corte, essa quebra de sigilo bancário só ocorre se os dados alcançarem terceiros estranhos ao órgão fazendário. Nesse caso, a Lei Complementar 105/2001 prevê sanção ao responsável, que poderá sofrer a pena de reclusão, de 1 a 4 anos, mais multa, além de responsabilização civil, resultando com a perda do cargo, de acordo com o artigo 10 da referida lei.

3 MORALIDADE TRIBUTÁRIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A moralidade tributária é um tema pouco difundido nos estudos jurídicos brasileiros, não fazendo parte diretamente das discussões que envolvem o direito tributário. Decorre, mais diretamente, dos princípios da capacidade contributiva, este relacionado intrinsecamente com o princípio da isonomia, e da moralidade administrativa, revestindo de legalidade o sistema jurídico do país e estruturando a obediência a lei.

A moralidade administrativa é expressa no sistema jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, e foi com Maurice Hauriou que teve seu desenvolvimento inicial influenciando a doutrina nacional para a construção do atual sentido que hoje se extrai do princípio da moralidade administrativa.

Das lições de Hauriou é possível extrair uma ideia de dialética entre sociedade e Estado para formar o próprio sentido de moralidade. Não se trata, como se propagou em princípio, de se ter a moralidade unicamente como um comportamento que se extrai do simples atuar da Administração. Significa dizer que a moralidade administrativa não deve ser entendida como produzida unilateralmente a partir da conduta qualquer da Administração, extraída de suas deliberações internas. A moralidade administrativa deve ser vista como algo que vai além do próprio comportamento da Administração e que recebe influxos da sociedade para a formação de seu sentido (SANTIAGO, 2015, p. 31).

Segundo Carvalho Filho (2010 p.23), o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar em sua conduta, sempre averiguando critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, bem como ter discernimento para distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Pelo que se pode depreender, a doutrina, fundamentada em nível constitucional, determina o uso dos preceitos ditados pelo princípio da moralidade

administrativa à administração pública e ao administrador, limitando seus destinatários. A moralidade tributária, apesar de proceder daquela, deve ser interpretada além, ou seja, deve ter como destinatários tanto o Fisco como todos os contribuintes das cobranças fiscais, que, na seara tributária, ocupam polos opostos.

Deve ser exigida a ética tributária tanto do Fisco como dos cidadãos que são obrigados ao pagamento dos tributos. Em relação ao Fisco, deve ser pautada por preceitos de ética e justiça na tributação, não se devendo vincular a moralidade tributária ao descumprimento ou não da legalidade, tendo em vista não se poder conceber como moral tudo que esteja legalmente previsto.

O contribuinte, por sua vez, tem o mesmo dever de ser ético e justo, como sendo o sujeito passivo de exações fiscais, não podendo fugir do seu dever cívico de pagar tributos para contribuir na efetivação dos direitos sociais e políticas públicas e engrandecimento do país, tendo como argumento os elevados encargos tributários e a falta de contraprestação por parte do Estado.

A moralidade tributária, pois, deve partir do próprio sistema constitucional que pressupõe uma dialética envolvendo a sociedade de forma conglobada. Da mesma forma que a conduta do administrador deve se pautar pela moralidade tributária, a do contribuinte deve seguir a mesma linha. O desenvolvimento da teoria da moralidade no campo administrativo a partir do art. 37 tem a dificuldade de ser limitador e desconsiderar a contemporaneidade que coloca no mesmo lado sociedade e Estado em busca da justiça na tributação (SANTIAGO, 2015, p. 28).

O princípio da capacidade contributiva esteve presente, pela primeira vez, na Constituição de 1946, em seu artigo 202, que dispunha que “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. Na Constituição seguinte, a de 1967, bem como na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, este princípio foi suprimido, voltando a figurar novamente no ordenamento com a promulgação da Constituição vigente, ocasião na qual deixou de figurar em um artigo independente e passou a compor a primeira parte do § 1º do artigo 145.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...]

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

De acordo com o dispositivo constitucional mencionado, o princípio da capacidade contributiva, mantém uma estreita relação com o princípio da igualdade, uma vez que direciona a atuação do Estado no sentido de que sejam arrecadados os tributos de acordo com a proporção de riqueza de cada cidadão contribuinte, procurando com isso a efetivação da justiça fiscal.

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública (CARRAZZA, 2012, p. 97).

A capacidade contributiva mostra-se como um importante instrumento capaz de intermediar interesses opostos, tendo de um lado o Fisco, que tem como objetivo arrecadar recursos para fins de satisfação de despesas públicas, e do outro lado o contribuinte, que buscatar preservada sua propriedade, sobre a qual, geralmente, recaem impostos reais, e sua liberdade.

4 SOBRE A PRIVACIDADE E SIGILO DE DADOS

O Direito à privacidade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos X e XII, é um direito fundamental, gênero do qual são espécies a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, e o direito ao sigilo.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

O direito à privacidade trata-se de direito subjetivo individual que está relacionado as diversas esferas da vida de um cidadão, isto é, apresenta um caráter mais amplo, sendo, por isso denominado pela doutrina como uma distinção entre ele e o direito à intimidade, como gênero do qual este é espécie.

Para muitos constitucionalistas, ainda, é possível traçar uma distinção entre direito à privacidade e direito à intimidade. O primeiro é o direito à vida privada, no qual se estabelecem os relacionamentos familiares, de lazer, negócios, amorosos etc. A intimidade é ainda um núcleo menor, que perpassa e protege até essas relações mais íntimas ou pessoais. Se no primeiro, as relações pessoais são ocultadas do público, no segundo, temos uma proteção até mesmo contra atos das pessoas mais próximas a nós (FERNANDES, 2011, p. 329).

O sigilo das comunicações de dados, assim como o direito à privacidade, trata-se igualmente de inovação veiculada, expressamente, pela Constituição Democrática, como exposto a seguir:

O sigilo em relação às operações bancárias (empréstimo e guarda de dinheiro) já íntegro, desde a antiguidade, mais especialmente a partir da Idade Média, um expressivo número de ordens judiciais, alcançando inclusive relevância constitucional, mas não expressamente (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2012, p. 396).

Destarte, para doutrina majoritária, o sigilo de dados expresso no artigo 5, inciso XII da Constituição Federal de 1988, abrange os sigilos fiscais e bancários, possuindo amparo constitucional, mesmo não expressos no texto constitucional, embora tenham alguns posicionamentos entabulando essa proteção, como mais pertinente no inciso X do referido artigo.

Desta forma, resta que privacidade e sigilo de dados, direitos fundamentais individuais, estão intimamente relacionados, de modo que, a proteção ao sigilo faz-se em razão do amparo ao direito à privacidade, que, nas palavras de Bulos (2011, p. 568), rege-se “[...] pelo princípio da exclusividade, mediante o qual o Poder Público não pode adentrar a esfera íntima do indivíduo, devassando suas particularidades”.

A proteção constitucional do direito da privacidade e do sigilo de dados não

possui caráter absoluto, possibilitando a suspensão do sigilo de comunicação de dados quando da vigência de estado de sítio e estado de defesa, nos moldes dos artigos 136, § 1º, inciso I, b e c, e 139, inciso III da CF/88, bem como a relativização deles no caso de eventuais tensões entre estes e direitos de cunho coletivo.

Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não se prever, para a privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais relevantes (no caso, portanto de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de tal sorte que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição (SARLET, MARINONI, MITIDIEIRO 2012, p. 395)

Há uma harmonização entre o posicionamento dos Tribunais Superiores e os entendimentos doutrinários, relativizando a proteção a tais direitos, quando da análise de casos concretos, não havendo divergências quanto ao caráter não absoluto desses direitos fundamentais, mas apenas quanto à possibilidade de essa quebra ser feita pelo Poder Judiciário ou, também pela Administração Tributária, quando no exercício de seu poder-dever fiscalizatório.

5 CONFRONTO ENTRE PRIVACIDADE, SIGILO BANCÁRIO, MORALIDADE TRIBUTÁRIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E LEI COMPLEMENTAR 105/01

A controvérsia que existe sobre a (in)constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária sem a necessidade de autorização judicial, gerou diversos argumentos bastante explorados no cenário jurídico, uma pela impossibilidade de o Poder Público proceder à quebra de sigilo bancário, em razão de afrontar os direitos fundamentais, e a outra pela possibilidade da quebra do sigilo bancário pelo Fisco, conforme previsto na Lei Complementar nº 105/2001, não existindo, neste caso, qualquer violação a direitos fundamentais, mas, pelo contrário, uma efetivação de princípios constitucionais.

Desde a edição da Lei Complementar n. 105, em 2001, grande polêmica marca o debate doutrinário sobre a sua constitucionalidade, notadamente no ponto em que autoriza à Administração Tributária Federal, preenchidos certos requisitos, o acesso direto – sem prévia autorização judicial, portanto – aos dados da movimentação financeira dos contribuintes em posse de instituições bancárias e similares.

[...]

A controvérsia jurídica envolve poliédricos interesses, seja do lado do Estado, seja do lado dos particulares, que vão desde a privacidade dos contribuintes e a redução do ônus tributário até o combate à sonegação fiscal, nos âmbitos nacional e internacional, a igualdade tributária, a concorrência leal, o cumprimento de acordos de cooperação internacional voltados à prevenção e à repressão de ilícitos como a lavagem de dinheiro, o terrorismo, o tráfico de entorpecentes e o contrabando de armas (CARVALHO, 2013, p. 11).

Um das razões contrárias à quebra de sigilo sem autorização por parte do Poder Judiciário figuram a violação aos incisos X, XII do art. 5º da CF/88, o da privacidade e à inviolabilidade de sigilo. As alegações a favor da viabilidade dessa quebra são os mais diversos possíveis, entre elas o combate à sonegação fiscal, a igualdade tributária e a repressão de ilícitos financeiros, estes mais diretamente vinculados à moralidade tributária e à capacidade contributiva.

Os direitos individuais, os de primeira geração, merecem toda a proteção necessária contra arbítrios que possam surgir, tanto pelo Poder Público, como também das relações particulares, esta conhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os princípios da privacidade e do sigilo de dados são direitos fundamentais que, necessitam de uma proteção do Estado, por mais que não sejam absolutos, deve-se analisar o conflito de acordo com cada caso concreto.

Houve uma divergência de opinião sobre a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 pelos doutrinadores. A doutrina majoritária entende que não existe ofensa ao artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, no qual estão previstas hipóteses em que incidiria a reserva jurisdicional, pois, segundo eles, só ocorreria a reserva à jurisdição quando estivesse explicitamente na Constituição Federal.

O STF não toma a quebra do sigilo bancário como decisão integrante do domínio das matérias sob reserva de jurisdição. À lei está facultado, portanto, que órgãos do Poder Público determinem a abertura dessas informações protegidas. Cobra-se, todavia, que tais decisões sejam fundamentadas, apontando razões que tornem a providência necessária e proporcionada ao fim buscado. A propósito, a Lei Complementar n. 105/2001 atribui a agentes tributários, no exercício do seu poder de fiscalização, o poder de requisitar informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial. A lei

cerca providência de cuidados formais, com vistas a minimizar os custos para o direito à privacidade do investigado e assegurar que esteja nítida a necessidade da medida.

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 478).

O sigilo bancário foi acolhido pelo artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, mesmo não estando expresso no texto constitucional, porém, esse artigo não está condicionado e restringe a sua impenetrabilidade à atuação do Poder Judiciário. A reserva à jurisdição, neste caso, fica restrita à interceptação telefônica, ou seja:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de „poderes de investigação próprios das autoridades judiciais“. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. (MS 23452, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000).

No entanto, para outra parte da doutrina, entende-se que o sigilo bancário é protegido constitucionalmente, mesmo não estando expresso na Constituição Federal de 1988, pois é considerado um desdobramento do direito à privacidade e à intimidade, compreendendo assim, a necessidade de se exigir decisão judicial sempre que precisasse acessar dados bancários e fiscais dos contribuintes.

Moralidade tributária e capacidade contributiva, também de *status* constitucional, podem transparecer, de que esses princípios tratam de proteção, unicamente, direcionada aos anseios arrecadatórios estatais. Em uma relação tributária, Estado e contribuinte apresentam interesses distintos: aquele tem como objetivo arrecadar e este de pagar o menos possível de tributos.

Pagar tributo é um dever fundamental, sendo a principal fonte de receitas de que dispõe o Estado para custear os direitos sociais. Os tributos, principalmente os impostos, são os instrumentos mais eficazes para realização da redistribuição de

renda e a consequente efetivação da justiça social, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil tendo como finalidade a promoção da dignidade humana.

A respeito da ofensa ao artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 88, ou seja, o desrespeito à intimidade, O Ministro Ayres Britto, no bojo do RE 398.808, fez uma importante ressalva entre dados que estariam abrangidos ou não pelo direito à intimidade, vejamos:

O que o Direito tem em conta cada vez mais, notadamente o Direito Constitucional, é a preservação dos dados do ser. Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão dos dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia.

De acordo com o entendimento do Ministro Ayres Britto, os dados pertencentes ao patrimônio do contribuinte não podem estar blindados de fiscalização por parte do Estado, sendo garantida, inclusive pela Constituição, às Administrações Tributárias de todos os entes federativos preferência de recursos para realização de suas atividades, entre elas, se destaca a arrecadação e a fiscalização tributária.

Conforme Carvalho (2013, p. 29), um dos pressupostos da atividade econômica é que ela e o contribuinte que a desenvolve, estejam de acordo com as normas jurídicas do ordenamento, dentre as quais as tributárias. Essas normas, são instituídas dentro de uma sistemática principiológica e, no tocante ao pagamento de tributos, resvala importância o princípio da capacidade contributiva, que prestigia o interesse da sociedade ao instituir que sejam respeitados critérios de equidade e solidariedade, visando-se, com isso, à realização da justiça fiscal.

O autor continua enfatizando que não se pode efetivar a justiça fiscal sem que a Administração Tributária averigüe se o contribuinte pagou devidamente os tributos para o sustento da sociedade, ou se omitiu desse dever cívico, fazendo com que os cidadãos e as pessoas jurídicas que contribuíram corretamente se responsabilizem pela manutenção dos serviços públicos favorecendo toda a coletividade, principalmente aqueles que não exercem seu dever de pagar tributo.

Supremo Tribunal Federal julgou recentemente, em fevereiro de 2016, o Recurso Extraordinário 601.314 e as Ações Direta de Inconstitucionalidade nºs 2390, 2386, 2397 e 2859 em face da Lei Complementar nº 105/01. Pela maioria dos votos, reconheceu a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial. Foi argumentado pelos Ministros, que pagar tributos é um dever fundamental, assim não violaria a intimidade ou a outro direito fundamental, pois seria quebra de sigilo se as informações chegassem a terceiros estranhos a relação do fisco com a instituição bancária.

A Suprema Corte também declarou que o sigilo bancário não tem caráter absoluto, então segundo ela, as transações bancárias que demonstrem ilicitudes, devem sempre observar o princípio da moralidade. Analisaram também a importância do princípio da capacidade contributiva, em que a administração tributária vai identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, fazendo com que eles paguem ao Estado parte de suas riquezas, na medida de suas possibilidades, conforme preconiza o artigo 145, §1º, da Constituição Federal de 1988.

Outro ponto importante que os ministros mencionaram foi que a tributação serve de mecanismo para a efetivação do direito fundamental à igualdade e às desigualdades sociais e econômicas, ou seja, para a defesa do cidadão. Desse modo, a concepção do Sistema Tributário Nacional como um simples meio de suprir os cofres públicos, bem como a da administração pública como mera prestadora de serviços.

De maneira oposta, os votos vencidos se basearam no posicionamento que a Lei Complementar nº 105/01 fere os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade. De acordo com o Ministro Celso de Mello, apesar desses direitos não serem absolutos, não se pode dar liberdade ao Estado a intervir na quebra do sigilo bancário sem autorização do Poder Judiciário, pois entende que só este, como terceiro desinteressado, pode pedir a quebra do sigilo bancário, alegando o princípio da reserva do judiciário. A possibilidade de quebra de sigilo bancário por parte da Administração Tributária sem a prévia autorização judicial privilegiaria a moralidade e a capacidade tributária face a ligação de interesses: uma fiscalização eficaz por parte do Fisco, pautada pela busca da justiça fiscal, e conseqüentemente pela

concretização do direito à igualdade, é imprescindível à realização da dignidade do ser humano.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que pagar tributos é um dever fundamental e deveria ser considerado uma obrigação fundamental por parte dos contribuintes, pois esse recurso é de extrema importância para manutenção do Estado, da própria sociedade, efetivando seus direitos e prestações sociais. Sabemos que o cenário político brasileiro é desanimador para o povo, mas não cabe a eles a decisão de cumprir ou não com suas obrigações tributárias. O Contribuinte não pode fugir de seu dever cívico de contribuir com seus impostos utilizando como desculpa a situação político-econômica do país.

A Lei Complementar 105/2001 estabelece em seus artigos 5º e 6º a viabilidade da Administração Tributária obter informações fiscais de documentos, livros e registros dos contribuintes sem que para isso precise de autorização judicial, e sim, de um processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. No entanto, diversas Ações de Inconstitucionalidade foram ajuizadas para retirar do ordenamento jurídico os efeitos da Lei Complementar.

O Superior Tribunal Federal, no ano de 2016, mudou o entendimento a respeito da quebra de sigilo bancário, afirmando que o artigo 6 da Lei Complementar nº105/2001 não representa uma violação à intimidade ou à quebra de sigilo de dados bancários do contribuinte, tendo em vista que tais proteções previstas no artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 88 não podem ser consideradas direitos absolutos, sendo capazes de ser relativizadas em determinadas situações, assim como o legislador infraconstitucional o fez na mencionada lei complementar. De acordo com o Supremo, as informações seriam apenas passadas para o Fisco em caráter sigiloso, permanecendo na Administração Tributária, não tendo terceiros acesso aos dados.

A Constituição Federal de 1988, de maneira expressa, acolheu o direito à privacidade e à intimidade como um direito fundamental. O sigilo bancário mesmo não explícito no texto constitucional é um desdobramento do direito a privacidade e da intimidade, deste modo, a maioria dos Ministros do STF entende ser o sigilo bancário

protegido constitucionalmente, tendo o Estado o dever e o compromisso de tutelar a Constituição.

Diante o exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal demonstra uma afronta aos preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. Como já citado, o sigilo bancário não é um direito absoluto, e pode, como qualquer outro direito fundamental ser mitigado, mas se exige pelo menos observação do princípio da proporcionalidade. Assim, nas situações em que ocorrer confronto entre os princípios constitucionais é necessário que o intérprete realizar uma ponderação entre as normas ou princípios de acordo com cada caso concreto.

O contribuinte que estiver suprimindo sua real situação financeira, impossibilitando que o fisco tenha conhecimento de sua legítima capacidade econômica, podem ter seu direitos mitigados, pois estão se utilizando de má-fé para ter vantagem perante os demais contribuintes e a própria Administração, neste caso, devem-se respeitar o princípio da Igualdade.

Para que proceda essa relativização, o cidadão deve ferir o princípio da capacidade contributiva, ele deve ocultar do fisco sua verdadeira condição financeira, fazendo com que o Poder Judiciário, de acordo com princípio da reserva de jurisdição, realize uma análise de cada caso concreto particular, com possibilidade do contraditório e da ampla defesa, função reservada ao juiz.

Não podemos generalizar que todos os cidadãos tenham a finalidade de burlar a fiscalização tributária. O posicionamento da Suprema Corte permite que a Administração obtenha informações de todos os contribuintes, sem uma fundamentação, o que não deveria ocorrer, pois para cada situação deve-se analisar e justificar o motivo da quebra do sigilo não se prendendo a argumentação de que o mais importante é o interesse público em relação ao particular.

A decisão do Supremo Tribunal Federal representou uma declinação contra as liberdades individuais, pois os direitos fundamentais previstos no texto constitucional protegem os cidadãos contra o arbítrio estatal. A quebra do sigilo bancário ou fiscal só deve ser determinada, e em caráter excepcional, quando existem indícios de prática ilícita ou omissão de informação por parte do contribuinte investigado. Desta forma, os direitos fundamentais estão perdendo toda a sua vitalidade, sendo descaracterizado, representando um grande risco a Democracia e a justiça fiscal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4595/64**, de 31 de dezembro de 1964. Lei do Sistema Financeiro Nacional. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5172/66**, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8021/90**, de 12 de abril de 1980. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 105/2001**, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 219780**. União Federal. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28219780%2EENUME%2E+OU+219780%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nmc4mx3>. Acesso em: 03 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Confederação Nacional do Comércio – CNC**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2386>

&pro cesso=2386. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN (Medida Liminar) 2393**. Partido Social Liberal - PSL. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2386&pro cesso=2390>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN (Medida Liminar) 2397**. Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2386&pro cesso=2397>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN (Medida Liminar) 4010**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2386&pro cesso=4010>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Augusto Cesar de Leal. **Sigilo bancário e administração tributária brasileira**. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTIAGO, Júlio Cesar. **Moralidade tributária: um projeto de estudos para a fundamentação da tributação no Brasil**. In: E- Publicações, 2017. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br. Acesso em: 16 abr 2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O DANO EXISTENCIAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS TRABALHISTAS DE DESCANSO

THE EXISTENTIAL DAMAGE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM IN THE CONTEXT OF LABOR RIGHTS FLEXIBILIZATION

WILKER JEYMISSON GOMES DA SILVA*

RAFAEL PONTES VITAL**

RESUMO

O presente estudo científico objetiva tecer uma análise acerca do instituto do dano existencial, construído pela jurisprudência trabalhista do direito brasileiro, delineando-se, para tanto, as premissas necessárias à compreensão de sua caracterização e quais as consequências decorrentes deste prejuízo causado ao empregado dentro de uma relação trabalhista. Sabendo-se, pois, que o dano existencial surge de uma construção que tem por base uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, haja vista a inexistência de pressupostos objetivos abarcados na lei para a configuração deste instituto jurídico, se pretende, por meio de um estudo doutrinário, jurisprudencial e de cunho qualitativo, conceber os seus parâmetros estruturais, com foco nas jornadas de trabalho exaustivas, assim como conhecer quais os elementos auxiliares na fixação de *quantum* indenizatório. Ao final, concluir-se-á pela possibilidade de aplicação do dano existencial no direito brasileiro, quando houver, em razão de exigências descomedidas ao trabalhador, supressão ou diminuição de seu descanso, acarretando a frustração de seus planos de vida e prejudicando a manutenção de suas relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial. Jornadas exaustivas. Expansão do direito do trabalho. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present scientific study aims to make an analysis of the existential damage institute in Brazilian Law, built by Brazilian jurisprudence in labor law, outlining, for this, the preliminary and necessary premises for understand the characterization of this

* Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Instituição de Educação Superior da Paraíba — IESP. Concluinte do curso de Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba — FESP. Estagiário do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Pesquisador em Direito do Trabalho no Instituto Brasiliense de Direito Público — IDP. Monitor, atualmente, das disciplinas de Direito do Trabalho I e II, tendo exercido monitoria em Direito Administrativo I e II na FESP – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Autor de diversos trabalhos científicos na área jurídica. Ex-estagiário da 8ª Vara do Trabalho da Comarca de João Pessoa — Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Email: wilkerjgsilva@hotmail.com.

** Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba — UFPB. Advogado. Professor da FESP Faculdades, nas disciplinas de Direito do Trabalho I e II, Direito Empresarial I e II, Prática Trabalhista e Direito da Seguridade Social. Professor de cursos de Pós-Graduação *lato sensu*. Autor de diversos trabalhos científicos na área jurídica. Atuou como orientador desse TCC. E-mail: rafaelpvital@gmail.com.

innovative institute and what are the negative consequences for the employee in the labor relationship. So, knowing that the existential damage arises from a construction based on a systematic interpretation of Brazilian legal system, given the lack of objective presuppositions in the law to configure this right, we intend, through a doctrinal and jurisprudential study, understand the structural and auxiliary elements, with focus in exhaustive working days, for determinate the indemnity amount. In the end, it will be concluded that there is a possibility of applying existential damage in Brazilian law, when there is, due to excessive demands on the worker, suppression or reduction of rest, leading to the frustration of his life plans and impairing the maintenance of their social relations.

KEYWORDS: Existential damage. Expansion of Labor Law. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho, dentre diversos institutos que visam conferir proteção à pessoa do empregado, haja vista a histórica e contemporânea exploração de mão-de-obra, realizada de maneira desproporcional e desregulamentada, engloba, em seu corpo normativo, determinações de natureza cogente, que almejam proporcionar ao trabalhador o devido equilíbrio entre a sua vida profissional e a suas relações de caráter pessoal.

Esta preocupação do legislador pode ser cristalinamente visualizada quando da leitura dos dispositivos que tratam, por exemplo, dos períodos de descanso interjornada e intrajornada, das férias, da possibilidade de justificação de faltas quando da realização de provas de vestibular, para ingresso no ensino superior, para doação de sangue, dentre tantas outras hipóteses contidas na Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

Essas normas protetivas e de descanso, como todas as demais que regem a relação de trabalho, são costumeiramente descumpridas pelos empregadores, que, no exercício de seu poder diretivo e decorrentes, que lhe são contratualmente conferidos, excedem os limites estabelecidos pela lei, exigindo do empregado o cumprimento de atividades à margem dos parâmetros legais, seja no intuito de resolver situações pontuais, seja pela necessidade permanente de consecução de lucros para a empresa.

O descumprimento destas normas protetivas causa, além de diversos danos de cunho biológico e econômico, prejuízos à condição humana e às relações sociais do empregado, pois embora haja, em alguns casos, a monetização dos males que

lhes são acarretados, percebe-se a ocorrência de mácula à dignidade do trabalhador, que se vê privado do exercício das suas atividades cotidianas bem como dos prazeres intrínsecos à sua humanidade e sociabilidade, haja vista ser o homem um ser gregário, sociável por natureza.

Destarte, o descumprimento destas normas trabalhistas, embora possa haver uma contraprestação pecuniária, paga pelo empregador, que remunere o risco sofrido pelo empregado, pode ensejar a exploração deste além do tolerável, de tal forma que este pode vir a sofrer o denominado dano existencial, que diz respeito aos malefícios causados à existência humana e às relações sociais do empregado, o qual se permite permanecer nesta situação em razão da contraprestação que obtém, quando esta é paga, ou pela simples necessidade de permanência no posto de trabalho que ocupa.

O objetivo do presente estudo é compreender o instituto do dano existencial, em suas premissas essenciais, partindo da sua caracterização até o conhecimento dos efeitos que este desponta, para fins judiciais, diferenciando-o, inclusive, dos danos morais, haja vista que muito se confunde o fato gerador de ambos os institutos, porquanto estes violem direitos da personalidade. Para tanto, fez-se um estudo com análise qualitativa, a partir de pesquisas exploratórias, fundamentadas em doutrina e jurisprudência.

2 DURAÇÃO DO TRABALHO E NORMAS DE DESCANSO: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Por meio da descrição conceitual do direito do trabalho, percebe-se o intento eminentemente protetivo deste ramo jurídico, que prima pela concessão de superioridade jurídica ao empregado, haja vista que o empregador, além de exercer diversos poderes sobre o empregado, por ser o detentor dos meios de produção, é economicamente superior, sendo esta, assim, uma relação bastante desequilibrada, no plano fático e econômico.

Os institutos deste segmento, além de regulamentarem a relação jurídica firmada entre empregado e empregador, estabelecendo a ordem jurídico-trabalhista vigente em âmbito nacional, protegem incisivamente a figura do primeiro, em decorrência do contexto histórico de formação do direito do trabalho, erguido no

contexto de um cenário reacionário à utilização desmedida do trabalho, pois, até então, as relações laborais regiam-se pelo direito comum, sendo norteadas pelos princípios da liberdade contratual, autonomia da vontade e obrigatoriedade dos contratos.

Entretanto, constatando-se natureza singular do contrato de trabalho, se fez necessária a criação de uma legislação específica e protetiva. Galgado em seus fundamentos históricos, que permitem a compreensão da necessidade de sua criação e do seu desenvolvimento, o direito do trabalho é, pois, “todo centralizado no princípio da tutela „compensatória” ao trabalhador subordinado, que consiste num conjunto de normas estabelecidas para contrabalançar a posição superior do empregador [...]”, conforme aduz Salvatore (2004, p. 43, *apud* Barros, 2016, p. 122).

A proteção é, assim, o instrumento basilar para a concretização do princípio fundamental da dignidade humana no seio das relações trabalhistas, sendo a essência de sua normatização, conduzindo a produção legislativa e a interpretação em seu âmbito, além de exercer o caráter repressivo, instituindo preceitos punitivos de atos que exorbitam o poder patronal. A dignidade da pessoa humana e o objetivo fundamental da busca da redução das desigualdades são, em síntese, os cernes constitucionais da necessidade de protecionismo ao empregado.

Acompanhando a evolução no mundo do capital e trabalho, o direito do trabalho, após a Revolução Industrial, iniciou a regulamentação sistemática de diversas situações que, ocorridas no plano fático, eram desprovidas de limitações, abarcando, desta forma, diversos temas emergentes, em decorrência das mudanças sociais e econômicas enfrentadas pela sociedade. Dentre os diversos fatos sócio-trabalhistas regidos, tem-se a duração do trabalho, cuja regulamentação é um dos temas mais importantes em se tratando de direito do trabalho.

Isto porque a jornada de trabalho⁵, consubstanciada na efetiva prestação de serviços ao empregador ou na disponibilidade de fazê-los a este, ao mesmo tempo em que é a principal obrigação obreira, também se configura como a principal

⁵ Vale salientar que, embora jornada de trabalho seja a expressão culturalmente utilizada para fazer referência ao tempo de trabalho prestado ou ao período de disponibilidade em que permanece o obreiro, por força do contrato, a expressão “duração do trabalho” é a mais correta, por abranger todos os lapsos temporais de dedicação do trabalhador à empresa, não somente o período diário, tal como significa a expressão “jornada” (DELGADO, 2015).

vantagem que o empregador obtém em decorrência do contrato de trabalho, apropriando-se dos serviços do trabalhador e utilizando-se da força do empregado para a consecução dos objetivos da atividade empresarial, segundo as lições de Delgado (2015).

Nesse passo, a intenção primordial do legislador, ao dispor sobre as normas de duração do trabalho, é regulamentar esta obrigação contratual, no intento de tutelar a integridade física e evitar a fadiga, conforme aduz Barros (2016), haja vista que “o direito do trabalho reconhece a necessidade de se estabelecerem limites a duração do trabalho, e a jornada de trabalho se insere neste contexto” (MOURA, 2014, p. 446).

Estas normas de descanso pretendem equilibrar os direitos fundamentais do trabalhador com o seu direito social ao trabalho, determinando a lei, desta maneira, os elementos mínimos e essenciais à garantia da dignidade do trabalhador, tendo por escopo assegurar a observância dos referidos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas, como a saúde física e psíquica, segurança e a vida do trabalhador, por exemplo.

Nascimento (2011, p. 767), acerca dos direitos pertencentes ao trabalhador, que devem ser equilibrados e assegurados na relação trabalhista, assevera que:

Outro direito fundamental do trabalhador é o direito ao descanso. O tempo livre permite ao homem o desenvolvimento integral da sua personalidade quando se dedica a outras atividades diferentes do trabalho profissional e *que lhe facilitem o convívio familiar, com amigos, horas de entretenimento, estudos, convivência religiosa, prática desportiva, leitura de jornais e revistas, passeios, férias e tudo o que possa contribuir para a melhoria da sua condição social* (grifos acrescentados).

Nesse passo, o direito ao descanso considerar-se-ia como um princípio geral de direito do trabalho⁶, pela importância que possui para este ramo, sendo instrumentalizado por diversos institutos que visam abarcar as necessidades de repouso dos trabalhadores, sendo definidos intervalos de descanso em função de

⁶ Nascimento (2011, p. 469), trata o descanso como um primado básico da seara trabalhista, aduzindo a existência do “[...] princípio do *direito ao descanso*, que fundamenta a inserção nos ordenamentos jurídicos de normas voltadas para a obrigatoriedade de repouso diários, semanais e anuais do trabalhador .

dias, semana, mês e ano, havendo na CLT e na Constituição Federal disciplina sobre a jornada diária de trabalho e suas limitações, como os intervalos de descanso e alimentação, direito ao repouso semanal remunerado e ao descanso anual, por meio das férias remuneradas (NASCIMENTO, 2011).

Segundo Martins (2015), são aos menos 4 (quatro) os fundamentos da limitação de jornadas de trabalho: razões biológicas, em razão dos efeitos negativos ao psicológico e ao aspecto físico do empregado, decorrentes da fadiga; razões sociais, porque o empregado deve ter oportunidade de se relacionar com outras pessoas, inclusive com sua família, devendo fazer jus a momentos de lazer; motivos de ordem econômica, em razão da produção da empresa; fundamentos humanos, como a necessidade de se diminuir os riscos de acidentes de trabalho.

Em termos legais, considera-se por jornada de trabalho o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador, de maneira habitual, aguardando suas ordens ou executando as tarefas que lhe forem determinadas, conforme dispõe o art. 4º da CLT. Na jornada de trabalho também se computa o tempo de horas *in itinere*, considerado como tal o tempo gasto no percurso de ida e volta ao trabalho, observados os ditames e as excepcionalidades constantes no § 2º, do artigo 58, da CLT e na Súmula de número 90, do Tribunal Superior do Trabalho — TST.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XIII, assim como a CLT, em seu art. 58, fixou a jornada de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais como o limite máximo de duração do trabalho, em regra, devendo ser as horas excedentes obrigatoriamente remuneradas com o adicional mínimo de 50% (cinquenta por cento), calculado sobre o valor da hora normal. Essa regulamentação visa coibir o abuso dos empregadores na exploração da mão de obra, evitando as jornadas exaustivas e observando, principalmente, a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Assim, denomina-se jornada ordinária de trabalho aquela que não ultrapassa o limite de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, sendo extraordinária a que superar estes limites. A jornada extraordinária vem prevista na CLT, dispondo esta, em seu art. 59, que a duração normal do trabalho pode ser acrescida de no máximo 2 (duas) horas suplementares diárias, mediante acordo entre as partes ou contrato coletivo de trabalho, sendo incabível, contudo, regime de horas

extras para os trabalhadores que laborem em regime de tempo parcial.

As normas trabalhistas também prevêm outros institutos que regem a duração de trabalho, como o intervalo interjornada de no mínimo 11 (onze) horas consecutivas, previsto no art. 66 da CLT, o intervalo intrajornada, que garante, nos termos do art. 71 da CLT, intervalo mínimo de 1 (uma) hora e no máximo 2 (duas) horas ao trabalho que exceder 6 (seis) horas contínuas, e de 15 (quinze) minutos, quando a duração do trabalho não for superior a 6 (seis) horas e exceder 4 (quatro) horas diárias.

O descanso semanal remunerado, por sua vez, vem previsto no art. 7º, inciso XV, da Constituição Federal e no art. 67 da CLT, concedendo aos empregados o direito de um repouso semanal, sem prejuízo da remuneração, de no mínimo 24 (vinte e quatro) horas, preferencialmente aos domingos e feriados, salvaguardada a hipótese de existência de escala de revezamento, no caso de serviços que exijam trabalho aos domingos.

As férias, consideradas como uma forma de descanso anual, por sua vez, também possui regulamentação pela Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece, em seu art. 130, que a cada 12 (doze) meses de trabalho o empregado tem direito às férias de 30 (trinta) dias, observada a proporcionalidade devida, quando este faltar ao trabalho fora das hipóteses de faltas justificadas constantes do art. 131 e art. 473 da CLT.

Entretanto, em que pese haver a intensa tuitividade em relação ao descanso do empregado e à limitação de jornada, nos termos acima mencionados, com o alto grau de abrangência dos institutos protetivos, nota-se que a legislação trabalhista vigente não é, *per si*, capaz de proteger o trabalhador dos riscos e prejuízos que podem advir ao empregado em decorrência do contrato de trabalho.

Enxerga-se, concomitante à expansão e abrangência, o descumprimento demasiado e reiterado dos preceitos trabalhistas, sobretudo no cenário atual de crise econômica e de flexibilização, havendo a violação das leis protetivas que regem a relação de trabalho, remontando aos períodos que antecederam o surgimento do Direito do Trabalho, onde a busca incessante pelos lucros se dava sem a adequação necessária entre os fins almejados e os meios utilizados.

Analisando, neste cenário, a situação dos trabalhadores, se conclui pela

existência de prejuízos imensuráveis por estes suportados quando da violação ou inobservância da legislação trabalhista. De fato, a regularidade do descumprimento da legislação trabalhista é uma realidade no ordenamento brasileiro, sendo premeditado pelo empregador, na maioria das vezes, o uso de artifícios escusos para fazer com que a sua mão-de-obra sempre esteja a produzir com a menor onerosidade possível, para que, por conseguinte, sejam auferidos lucros maiores, mesmo que, para o alcance desta finalidade, incalculáveis direitos alheios sejam violados.

Atendo-se, por ser o escopo deste estudo, às normas que dizem respeito ao descanso do trabalhador, veem-se prejuízos ainda maiores, de cunho biológico, social, econômico e humano, quer o descumprimento de tais normas seja pontual, quer seja uma transgressão em reincidência constante. Há, no empregador, a expectativa de maiores ganhos, embora que, para tanto, haja a violação dos direitos daqueles que para ele trabalham, ciente o empregador, inclusive, de quão frágil é o sistema jurídico brasileiro.

3 VIOLAÇÃO ÀS NORMAS TRABALHISTAS COMO ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR

Partindo da premissa de que as normas trabalhistas são reiteradamente violadas, tem-se que um dos principais motivos destas violações é o exercício abusivo, por parte do empregador, das prerrogativas que lhe são contratualmente conferidas, exigindo do empregado situações que exorbitam os limites dos poderes que possui, de modo a não guardarem observância à lei e, sobretudo, aos princípios trabalhistas.

Um dos efeitos contratuais próprios do contrato de trabalho é a bipolaridade de obrigações por parte dos sujeitos contratantes, que se consubstanciam, em regra, em obrigações de dar e em obrigações de fazer, podendo, em casos mais específicos, tomar a forma de uma obrigação de não-fazer. Sendo um contratobilateral e oneroso, cabe à parte contratada uma prestação, da qual desponta, necessariamente, uma contraprestação, esta a ser realizada pela parte contratante.

Das obrigações próprias do contrato de trabalho surgem os poderes patronais, considerados como o complexo de atribuições pertencentes ao empregador em razão

do pacto firmado com o empregado, “atribuindo ao obreiro a obrigação de uma conduta de submissão às ordens lícitas decorrentes do exercício de tal poder” (DELGADO, 2015, p. 661). Desta maneira, pode-se dizer, sobre a bilateralidade das obrigações do contrato de trabalho, que:

Na relação de emprego a subordinação é um lado, o poder diretivo é o outro lado da moeda, de modo que, sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa mas sobre o modo como a sua atividade é exercida (NASCIMENTO, 2011, p. 694).

Destarte, dentre os poderes atinentes ao empregador, destaca-se o poder diretivo ou de direção, que significa incumbir ao patrão dirigir a prestação pessoal dos serviços operários. Nascimento (2011, p. 694), discorrendo acerca do poder diretivo, aduz que este:

[...] é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida. O poder de direção manifesta-se mediante três principais formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.

Ademais, estes poderes patronais emanam do pressuposto da subordinação que caracteriza a figura do empregado, prevista no art. 3º da CLT. O estado de dependência, expresso neste dispositivo legal, traz uma noção de obediência de uma parte em relação à outra, por força de disposição contratual. Assim, o empregado, ao firmar um contrato de trabalho, submete-se às regras neste contidas, sendo a sua subordinação uma situação jurídica surgida por disposição estritamente contratual.

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços (DELGADO, 2015, p. 311).

Entretanto, a subordinação do empregado e o seu dever de obediência ao empregador encontram limites nas fontes normativas trabalhistas, conforme obtempera Barros (2016), devendo pautar-se na licitude, pelo que a este não devem

ser cobradas atuações abusivas, como a realização de jornada de trabalho à margem dos limites legais, considerada esta como irregular quando desatendidos os preceitos legais cogentes fixados na norma trabalhista, nos termos defendidos por Delgado (2015).

Tendo em vista as prerrogativas patronais e a superioridade empregadora sobre o empregado, o direito do trabalho se presta, por meio de suas normas e princípios, a regulamentar e equilibrar as relações de trabalho, com o escopo de evitar o trabalho realizado de modo descomedido, protegendo, pois, a figura do empregado, que é o indivíduo hipossuficiente na relação jurídica por este ramoregulamentada (PEREZ BOTIJA, 1960, p. 4, *apud* BARROS, 2016, p. 69).

Desta forma, a utilização excessiva dos serviços obreiros, com a inobservância das normas protetivas ao descanso do trabalho, que garantem o restabelecimento de suas energias e a manutenção de sua integridade física e psicológica, impede que este execute as suas atividades cotidianas, exercitáveis fora do ambiente em que exerce o seu trabalho, podendo haver diversos danos gerados ao empregado, como consequência desta situação.

Esta exigência excessiva, fora dos limites da lei, possui a natureza jurídica de abuso do exercício regular de um direito, que, conforme o disposto no art. 187 do Código Civil, acarreta em cometimento de ato ilícito, haja vista dispor esta norma que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Diz-se isto porque é sabido que a responsabilidade civil é, inclusive, excluída, quando o agente pauta a sua atuação no exercício regular de um direito reconhecido, nos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil de 2002. Entretanto, o direito de atuar em conformidade com o direito também não é absoluto, pois:

[...] se o sujeito extrapola os limites racionais do lícito exercício do seu direito, fala-se em abuso de direito, situação desautorizada pela ordem Jurídica [...]. O abuso de direito é o contraponto do seu exercício regular (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 149).

Gonçalves (2016, p. 517), conceituando o abuso de direito, assevera que este:

[...] ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina.

Segundo assevera Tartuce (2011, p. 397), ao se dispor sobre o abuso de direito como uma conduta passível de reparação pecuniária:

Amplia-se a noção de ato ilícito, para considerar como precursor da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes.

Acerca do art. 187 do Código Civil de 2002, se visualiza que é prescindível, para configuração do ato ilícito praticado por excesso no exercício regular de direito, da análise do *animus* do agente, ou seja, da verificação de existência de dolo ou de culpa, sendo, pois, uma espécie de responsabilidade objetiva. Conforme as lições de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 150):

Analisando esse dispositivo, conclui-se não ser imprescindível, pois, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim, embora os poderes patronais permitam o exercício dos direitos subjetivos pertencentes ao empregador, quanto ao exercício de atividade obreira, há limitações nas normas contratuais de direito civil, aplicáveis aos contratos de trabalho, de tal forma que as exigências dos empregadores não devem exceder os padrões de razoabilidade, desconsiderando os fins sociais e humanísticos que permeiam as relações trabalhistas, corolários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

Destarte, o dever de indenizar, surgido em razão do cometimento de um ato ilícito, inclusive sob a forma de abuso de direito, nos termos do art. 926 do Código Civil, pode decorrer da existência de diversos tipos de danos, a depender do prejuízo

causado e do bem jurídico que restar violado, em razão do ato praticado, podendo haver, nas relações de trabalho, danos morais, materiais, estéticos e, inclusive existenciais.

3 A CARACTERIZAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL

Sabido do caráter expansionista do direito do trabalho, sob o aspecto objetivo e subjetivo, tem-se que, no que tange à intensidade do emprego de suas normas, ao passo que direitos vão sendo mitigados, em razão de flexibilização e desregulamentação, outros institutos compensatórios surgem no ordenamento jurídico pátrio, partindo de concepções trazidas pela doutrina, jurisprudência, direito comparado e por incorporação de tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Esta afirmação respalda-se no fato que a atuação efetiva do direito do trabalho, enquanto instrumento de tutela das relações de trabalho e emprego, em âmbito nacional, se mostra cada vez mais necessária, para que haja o alcance do equilíbrio que se busca entre capital e trabalho, devendo, para tanto, haver o respeito dos limites estipulados pela legislação trabalhista, em que pese não ser esta situação ideal visualizada na realidade brasileira.

Evidenciada a importância dos institutos legais que protegem a relação de trabalho e emprego, sabe-se que, dentre estes, há diversas disposições legais que têm por finalidade assegurar ao trabalhador a possibilidade de gozar plenamente de seu direito à vida, isto é, garantir-lhes o direito de viver, de relacionar-se com o meio em que vivem e de determinar-se no seio social. Como exemplos, citem-se os períodos de descanso dentro da jornada, diários, semanais e anuais, assim como as causas justificadoras de faltas, por exemplo, já mencionados.

O que se vê, analisando estes institutos, é a consciência do legislador dos abusos historicamente causados pelos empregadores em face dos empregados, em períodos obscuros em que o trabalho era exigido e exercido ilimitadamente, sem parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade fixados, tornando a autonomia da vontade, intrínseca aos contratos de trabalho, um subterfúgio permissivo para a busca incessante pelos lucros, ferindo-se, dentre outros direitos, o direito do trabalhador de

gozar de sua vida.

No entanto, a sociedade mostrou-se irresignada com esta situação, principalmente pelas condições indignas como era tratado o trabalhador. Diz-se isto pois:

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a *garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias*, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes (NASCIMENTO, 2011, p. 32) (grifos acrescentados).

É esta reação humanista, idealizando que o trabalhador, antes de ser visto como mão-de-obra, deve ser considerado como um ser humano, que os institutos jurídicos em direito do trabalho se expandem, passando a ser este ramo do Direito não só um meio de proteção ao trabalhador, porquanto este seja economicamente inferior ao empregador, mas também por sua condição de ser humano, a quem deve ser dispensando tratamento em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Respeitar os direitos dos trabalhadores é respeitar a dignidade que a eles deve ser concedida. Os direitos sociais constantes no artigo 6º da Lei Maior devem ser considerados como direitos que os seres humanos possuem de maneira cumulativa aos individuais, isto é, são bens jurídicos que podem ser exercidos pelos destinatários concomitantemente aos previstos no artigo 5º da Constituição⁷³. Isto porque uma das características dos direitos fundamentais é a cumulatividade, o que significa dizer que podem ser exercidos ao mesmo tempo (BULOS, 2014).

Assim, o trabalho, como direito social, deve ser interpretado à luz de todo o ordenamento jurídico, sistematicamente considerado, principalmente observando os

⁷ Os direitos sociais são espécies do gênero “direitos fundamentais”, possuindo origem na segunda dimensão destes direitos, advindos do pós-guerra, fator este que resultou na maior necessidade de prestações positivas por parte do Estado que, até então, era inteiramente abstencionista, posto que não atuava de modo a imiscuir-se nas relações travadas entre os indivíduos, em razão da ampla liberdade que foi reivindicada e concedida pela primeira dimensão dos direitos fundamentais. Por outro lado, os direitos sociais previstos no *caput* do artigo 6º da Carta Magna devem, quando de seu exercício, observar aos demais preceitos constitucionais, de modo a não chocar-se com eles, inclusive com aqueles previstos no artigo 5º, que elenca, exemplificativamente, os direitos individuais.

dispositivos constitucionais, o que inclui o princípio da dignidade humana. Este mandamento principiológico reforça o dever de observância das disposições trabalhistas vigentes, uma vez que estas concedem o mínimo existencial aos trabalhadores, no intento de permitir a coexistência dos direitos a serem por estes gozados.

3.1 O DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS TRABALHISTAS E O DANO À EXISTÊNCIA DO TRABALHADOR

Sabe-se que a exploração da mão-de-obra do trabalhador deve ser balizada pelos direitos constantes no ordenamento jurídico, por serem estes cumuláveis, conforme já mencionado, em que pese ser constante o descumprimento destas normas e, por conseguinte, ter o empregado que suportar situações que lhe são bastante desfavoráveis, por intimidação ou retaliação e, na grande maioria das vezes, pela necessidade de permanência no posto de trabalho.

A inobservância das normas assecuratórias do descanso acarreta males imensuráveis ao empregado, embora possa haver a monetização do dano como uma forma de contraprestação. As condutas patronais que, no exercício de seus poderes contratuais, exploram demasiadamente o empregado, acabam por causar a estes lesões à sua própria existência, impedindo-o de relacionar-se socialmente, de por em prática os projetos de vida e dar cumprimento aos planos traçados, situações estas realizadas por todos os seres humanos.

A existência é, pois, um direito da personalidade, do qual são titulares todos os indivíduos, exercido em plenitude quando acoplado à liberdade de projeção futurística e de estipular e cumprir com os seus planos. A consecução dos objetivos proporciona ao homem, pois, a realização pessoal. Sob o aspecto filosófico e existencialista, Sartre (2013. p. 42) aduz que “[...] o homem nada mais é do que seu projeto, ele não existe senão na medida em que se realiza e, portanto, não é outra coisa senão o conjunto de seus atos, nada mais além de sua vida”.

À vista disso, com o trabalho exercido em excesso, em desrespeito às normas de descanso, o indivíduo se vê privado da plenitude de liberdade, havendo interferências negativas em suas relações sociais e na execução dos seus projetos

de vida. Diz-se isto porque, segundo Santos (2016, p. 484) “a liberdade é a sustentação do projeto, isto é, por ela o projeto se realiza e torna-se um constante nunca acabado”.

Desta afirmação se conclui que a liberdade é o instrumento que possibilita a concretização dos projetos de vida e alcance do eudemonismo: a vida feliz. A restrição dessa liberdade, que permite a concretização de direitos da personalidade, é o principal fator que acarreta o dano existencial. Percebe-se, então, que:

O dano existencial impede a efetiva integração do trabalhador à sociedade, impedindo o seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano. A efetiva utilização de todas as suas potencialidades somente seria possível, com o desfrute de todas as esferas de sua vida, a saber: cultural, afetiva, social, esportiva, recreativa, profissional, artística, entre outras (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013, p. 38).

Logo, vê-se que o dano existencial é o prejuízo que ultrapassa o aspecto moral e material que pode ser causado ao empregado, ferindo a sua existência, propriamente dita, e impossibilitando-o do exercício pleno de suas liberdades públicas. Configura-se, assim, como uma forma de transgressão direta à dignidade da pessoa humana, sendo este um fato gerador autônomo em relação aos demais tipos de danos indenizáveis existentes no ordenamento jurídico nacional.

A dignidade da pessoa humana, prevista como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, da mesma forma como nos demais ramos, norteia o atuar do direito do trabalho, sendo o gênero que abrange e fundamenta todos os instrumentos protetivos que este ramo consagra, tal como o princípio da proteção, este que, embora esteja intimamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, é a ela inferior, sendo uma de suas espécies instrumentalizadoras.

Aduz Barros (2016, p. 128), nesse sentido, que:

A legislação trabalhista garantista coexiste com a dignidade da pessoa humana, acrescida como princípio por Alfredo Ruprecht, e inserida na Constituição da República de 1988, evidenciando que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem. *A dignidade da pessoa humana não se confunde com o princípio da proteção, pois é superior a ele* (grifos acrescidos).

O dano existencial caracteriza-se como um instituto de tutela do indivíduo,

no que diz respeito à exclusão das suas relações sociais e limitação da execução de seus projetos de vida em virtude do trabalho, sendo que, conforme aduz Burgos (2012, p. 138, *apud* Portugal e Pinheiro, 2015, p. 263) “a difusão do dano compreende inclusive uma negação do sentido de pertencimento à comunidade outrora sensivelmente importante para a concretização de sua dignidade”.

Segundo Carvalho Neto e Silva (2015) o dano existencial é uma espécie do gênero “danos extrapatrimoniais”, ou seja, que vai além das perdas de cunho financeiro, sendo um dano causado a elementos objetivos da personalidade da pessoa natural, podendo ser analisado sob as vertentes dos projetos de vida frustrados e/ou das relações sociais que restam prejudicadas em razão das exigências abusivas de trabalho.

Nos dizeres de Frota e Bião (2012, p. 73):

[...] o dano existencial constitui espécie do gênero dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial a impor à pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima.

Conforme aduz Lora (2013, p. 20) este dano pode ser conceituado, pois, como “a lesão ao conjunto de relações que propiciam o desenvolvimento normal da personalidade humana, alcançando o âmbito pessoal e social”. Assim, no exercício de seus poderes que lhe são inerentes, o empregador pode vir a causar ao empregado lesões à sua existência, quando excede os limites de suas “prerrogativas”, enquanto tomador de serviços.

Podendo ser um prejuízo caracterizável por ações múltiplas, o cerne do dano existencial, entretanto, diz respeito principalmente ao descumprimento dos preceitos trabalhistas cogentes e desconsideração à figura humana que há por trás do trabalhador, enquanto prestador de serviços, por ser este considerado, na maioria das vezes, como instrumento servível unicamente para a realização de mão-de-obra desejada⁸.

A jurisprudência, debruçando-se nesta espécie de prejuízo imaterial, vem

⁸ No entanto, essa concepção deve ser superada, haja vista que “[...] o foco do Direito do Trabalho é o trabalhador, ser humano, que como tal deve ser valorizado” (VALADÃO; TEODORO, 2015, p. 94).

amparando as pretensões de indenização por dano existencial, quando presentes os pressupostos que caracterizam a restrição da vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e em razão do trabalho, fundando-se na prática de ato que excede o exercício regular de um direito por parte do empregador. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região decidiu, sobre o tema, que:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. *O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho.* Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido (Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul — 4ª Região. Recurso Ordinário número 105-14.2011.5.04.0241. Relator: Desembargador José Felipe Ledur. Órgão Julgador: 1ª Turma. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 14 de março de 2012) (grifos acrescidos).

Tomando por base o excesso de jornada de trabalho em regimes horas extras, além do limite legal, o referido julgado cita a violação de direitos humanos fundamentais como um dos fatores que desencadeia o dano à existência, enquanto instituto intrínseco à proteção da personalidade, além de ressaltar a sua correlação direta com o primado da dignidade da pessoa humana que fundamenta a República Federativa do Brasil, sendo um dano que transcende ao aspecto material e moral, como mencionado.

O Tribunal Superior do Trabalho, discorrendo sobre a matéria em apreciação, já decidiu que:

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. *O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador.* O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por

diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despidianda a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. *O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial.* Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido (Tribunal Superior do Trabalho. Processo: Recurso de Revista 10347420145150002. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: DEJT 13 de novembro de 2015, com julgamento em 4 de Novembro de 2015) (grifos acrescidos).

Neste julgado, exarado pelo órgão de cúpula em âmbito trabalhista, qual seja o TST, se reconhece que condutas isoladas, no sentido de restringir direitos dos trabalhadores, não causam, por si só, o dano existencial, devendo ser observada a sua reiteração e a efetiva prejudicialidade causada ao desenvolvimento dos planos de vida e às relações sociais estabelecidas pelos trabalhadores fora do ambiente de trabalho.

3.2 DISTINÇÕES ENTREDANO MORAL E DANO EXISTENCIAL E A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

O dano existencial, como visto, possui fato gerador distinto e autônomo em relação ao do dano moral. Conforme obtemperam Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 42) “conquanto sejam espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial, dano moral e dano existencial não devem ser confundidos. Não são expressões sinônimas, como se poderia equivocadamente acreditar”.

O equívoco que permite a confusão entre ambos os institutos reside principalmente no fato de que a teoria da responsabilidade civil tradicional concebe os danos imateriais ou extrapatrimoniais como sendo aqueles que ferem a seara moral do indivíduo, situação esta que é positivada pelos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, e com respaldo no artigo 186 do Código Civil, este último prevendo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral,

comete ato ilícito” (BRASIL, 1988).

Ambos os danos, existencial e moral, são institutos que protegem o indivíduo em seu aspecto imaterial, dizendo respeito à violação aos direitos da personalidade em geral. Porém, a diferença clara consiste no âmbito de incidência do prejuízo que advém das condutas ilícitas que os originam, pois enquanto o dano moral é causado ao íntimo da pessoa, o dano existencial supera os limites da intimidade, interferindo negativamente nos planos pessoais do sujeito e em suas relações sociais, privando-o, na maioria das vezes, de mantê-las como de costume.

Afirmando ser o âmbito de incidência dos danos o diferencial principal destes institutos, Colnago (2013, p. 52) traça distinções objetivas quanto ao dano moral e existencial, asseverando que este “[...] distingue-se do dano moral na medida em que atinge um aspecto público do indivíduo, ou seja, sua relação com outros seres, com o mundo social, enquanto o dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial interno da pessoa”.

Nos dizeres de Bebber (2009, p. 30, *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga, 2013, p. 43), o dano existencial não trata, especificamente, da reparação de um prejuízo causado à esfera íntima do empregado, ao passo que “decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do trabalhador (com perda da qualidade de vida e, por conseguinte, modificação *in pejus* da personalidade)”.

No mais, quanto à quantificação da indenização em razão do dano existencial, Bebber (2009, p. 29, *apud* Boucinhas Filho e Alvarenga, 2013, p. 48) assevera que, para realizar a fixação do *quantum* indenizatório por dano existencial, devem ser levados em consideração alguns elementos, que necessariamente precisam estar presentes, concomitantemente, quando da análise judicial. Estes requisitos são:

[...] a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito; b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa; c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida; d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado (comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.

Além de levar em considerações estes pressupostos, o membro do Poder Judiciário deve analisar a capacidade patrimonial do sujeito lesante, a fim de que, assim como funciona no instituto do dano moral, seja fixada uma indenização de caráter pedagógico, acrescentando despesas financeiras à empresa ou empregador em razão das práticas abusivas, visando, inclusive, que esta não reincida nestas atividades danosas. Esta punição individual também se presta ao caráter intimidatório em relação às demais empresas, para que receiem o cometimento de atitudes que ensejem o prejuízo em discussão.

A fixação da indenização deve, inclusive, ser balizada em conformidade com o artigo 944 do Código Civil, que estabelece ser necessária a análise da extensão do dano causado para medir a indenização a ser concedida ao prejudicado. Essa disposição civilista reafirma a necessária proporção que deve haver entre o ato praticado e o prejuízo gerado, a fim de não causar lesão patrimonial ao empregador ou enriquecimento ilícito por parte do empregado.

Logo, estando presentes os pressupostos que caracterizam o dano existencial, para além de um dano moral, cabe ao Poder Judiciário conceder a indenização pleiteada pelo reclamante. Para tanto, conforme escreve Soares (2009, p. 146) “o lesado deve provar o regular desenvolvimento das suas atividades cotidianas, antes do dano, bem como sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, evidencia-se que o dano existencial surge, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, ainda que timidamente, como uma forma autônoma de tutela à figura do empregado, este que, diante das mudanças ocorridas nas relações trabalhistas, em razão da flexibilização e desregulamentação, por exemplo, acabam se submetendo às exigências abusivas dos empregadores, principalmente no que diz respeito a aceitação de jornadas de trabalhos exaustivas e descumprimento de normas de descanso.

Este dano existencial, na atualidade, enxerga-se como de difícil aplicação, pois, embora haja a tendência expansionista do direito do trabalho, a busca pelo

equilíbrio entre valores sociais do trabalho e livre iniciativa acaba por fomentar a cultura da proteção ao posto do emprego sem a observância de garantias mínimas, obstando, assim, o surgimento e ampliação de institutos, que diz respeito à expansão objetiva do Direito Laboral.

Contudo, o órgão julgador, em face de demandas nas quais se pleiteia dano existencial, deve ater-se ao fato de que, embora no contexto de cenários de crise e necessidade de reformulações na legislação, inclusive trabalhista, garantias mínimas devem ser observadas pelos empregadores, mesmo em face do princípio da autonomia privada que permeia as negociações coletivas, pois o contrário traria à tona o período em que o trabalho era exercido sem nenhum limite, com a aplicação das regras contratuais de Direito Civil.

O dano à existência do trabalhador, que tem seus planos de vida frustrados e sofre restrições em suas relações sociais costumeiras, causadas pelo trabalho exercido em caráter excessivo e sem proteção mínima, deve ser reconhecido, quando presentes os requisitos autorizadores, sendo concedida ao empregado quea pleiteia, assim, uma indenização, reparatória para o mesmo e punitiva para o empregador.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. In: **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, ano II, n. 22, 2013. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>>. Acesso em: 01 mar.2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 01 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul – 4ª Região. **Recurso Ordinário número 105-14.2011.5.04.0241**. Relator: Desembargador José Felipe Ledur. Órgão Julgador: 1ª Turma. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 14 de março de 2012. Disponível em: http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000105-14.2011.5.04.0241&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90. Acesso em: 02 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo: Recurso de Revista 10347420145150002**. Órgão Julgador: 2ª Turma. Publicação: DEJT 13 de novembro de 2015, com julgamento em 4 de Novembro de 2015. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BURGOS, Osvaldo R. **Daños al proyecto de vida**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CARVALHO NETO, Carlos José de; SILVA, Leonina Prado da. Dano existencial: autonomia, comparação com alguns danos de sua espécie e circunstâncias ilustrativas de sua ocorrência. In: **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 13, n. 1, p.15, jul. 2015. Disponível em: http://www.periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2085/pdf_286. Acesso em: 18 mar. 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial e a jornada de trabalho. In: **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, ano II, n. 22, 2013. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>. Acesso em: 01 mar. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, volume 12, n.80, nov-dez, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidadecivil**. 9. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. In: **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, ano II, n. 22, 2013.

Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=22>. Acesso em: 07 mar. 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOURA, Marcelo. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL, Carlos Giovani Pinto; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O dano ao projeto de vida e sua autonomia em face do dano moral. In: **Direito civil constitucional** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/e703oogw/wnlNP7b4GswGSDe.pdf>. Acesso em: 30 fev. 2017.

SANTOS, Thiago Teixeira. Sartre e a realidade humana: uma compreensão fenomenológica da existência do para-si enquanto liberdade. SapereAude, BH. In: **Periodicos Puc Minas**, v. 7 – n. 12, p. 479-496, Jan./Jun. 2016 – ISSN: 2177-6342. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/12722/9977>. Acesso em: 30 fev. 2017.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Petrópolis RJ: Vozes, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2011.

VALADÃO, Carla Cirino; TEODORO, Maria Cecília Máximo. A flexibilização positiva: uma forma de tutelar e promover a dignidade humana do trabalhador. In: **Direito do trabalho e seguridade social** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/n99xp553/08q86v24520I4Fmt.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

COMUNICAÇÕES

Av. Flávio Ribeiro Coutinho nº 220 – Loteamento -Parque Verde

– Shopping Center Manaíra / Cabedelo – CEP: 58310-000

Telefone: (83) 2106.6175